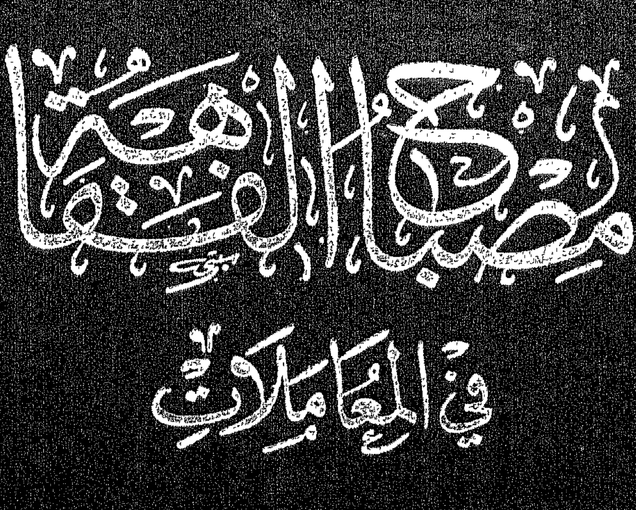


من تقريرات بحث الأستاذ الأكبر آية الله العظمى
السيد أبو القاسم الخوئي

لمؤلفه
الميرزا محمد علي التوحيدي التبريزي

الجزء السابع



محمد علي التوحيدي



من تقرير بحث الاستاذ الاكبر آية ... العظمى

السيد ابو القاسم الخوئي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على اشرف الانبياء والمرسلين محمد وعترته الطاهرين
واللعنة الدائمة على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين وبعد فمن المولى جل شانه على ان وفق
رجالاً علماء وافاضل يهتمون بحفظ ما القي اليهم في محاضراتي تقريراً وتحريراً احرصاً منهم عليها والمحافظة
على المعارف والعلوم الدينية وممن في طليعة هؤلاء جناب الفاضل المهذب الصفي والعلامة
المحقق الزكي ركن الاسلام قرة عيني العزيز الميرزا محمد علي التبريزي فانه دام فضله السامي
قد اتعب نفسه مدة طويلة وسهر الليالي في تحرير ابحاثي وتنقيحها في الفنون المتنوعة من الفقه
والتفسير والاصول حتى بلغ بفضل الله وحسن توفيقه الدرجة العليا من العلم والعمل واصبح
من العلماء العظام والاجلة الاعلام ولقد سرحت بصري في ما علقه على كتاب المكاسب
لشيخ مشايخنا العظام استاذ الفقهاء والمجتهدين المؤسس المجدد آية الله العظمى الشيخ
مرتضى الانصاري قدس الله تعالى اسراره فاعجبني غوره في التحقيق والتدقيق وسعة
اطلاعه على مصادر الروايات ومواردها وما كتبه دام فضله وتأييده وافٍ بما نحن بصدده
وكافٍ بتوضيح ما حققناه فليحمد الله وليشكره على ما انعم به عليه والله يختص برحمته
من يشاء انه واسع عليم والحمد لله اولاً وآخراً

ابو القاسم الموسوي الخوئي

في ١٣ شهر رجب المرجب ١٣٧٣



الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على اشرف بريته محمد و آله الطيبين الطاهرين و اللعنة الدائمة على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين ·

اما بعد فهذا هو الجزء السابع من كتاب مصباح الفقاهـــة لشيخنا الاستاذ المرحوم المغفور الحاج ميرزا محمدعلى التوحيدى التبريزى رضوان الله تعالى عليه من تقريرات ابحاث فقيه الامة فى جامعة الشريعة آية الله العظمى المولى المعظم و المحقق الاعظم المرجع الدينى الاعلى الورع التقى السيد أبوالقاسم الموسوى الخوئى متع الله المسلمين عامة والمحصلين خاصة بطول بقاء وجوده الشريف، و أرجو من الله تعالى ان يمن علينا من فضله و أنعامه ان يوفقنى لطبع هذا الاثر العظيم لينتفع به عامة الطالبيــن و المحصلين و الحمد لله اولا و آخرا و ظاهرا و باطنا حمدا دائما بـدوام ملكه ·

العبد الجانى على نفسه المفرط فى يومه و امسه

مهدى حاجيانى

قوله : الخامس خيار التأخير أقول قال العلامة فى التذكرة من باع شيئا و لم يسلمه الى المشترى و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره ولو ساعة لزم البيع ثلاثة أيام فان جاء المشترى بالثمن فى هذه الثلاثة فهو أحق بالعين ، و ان مضت الثلاثة و لم يأت بالثمن تخيّر البايع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبة بالثمن عند علمائنا اجمع ، و انما الكلام فى مدرك ذلك فقد ذكر وجوه لاثباته :

الاول : ذهاب المشهور اليه بل ادعى عليه الاجماع و قد ذهب الشيخ الطوسى الى البطلان و اختاره صاحب الحدائق عملا بظاهر الاخبار و تردد فيه الاردبيلى و فيه أن الشهرة و الاجماع المنقول ليسا بحجتين فلا يكونان مدركا لذلك ، كما هو واضح على أنا نمنع وجود الاجماع فى المقام مع ذهاب الشيخ و صاحب الحدائق و صاحب الكفاية الى البطلان و تردد الاردبيلى فى ذلك .

الثانى : أن لزوم البيع هنا ضررى بل الضرر هنا آكد من الضرر الموجب للخيار الغبن فيكون اللزوم مرتفعا و تقريب شمول قاعدة الضرر للمقام بجهات الجهة الاولى : ما ذكره فى التذكرة من أن الصبر على ذلك ضرر على البايع فيثبت له الخيار .

الجهة الثانية : أن المبيع هنا فى ضمان البايع و تلفه منه و ليس له التصرف فيه لكونه ملكا للغير و هذا ضرر على البايع .

الجهة الثالثة : أن حفظ المبيع على البايع و هو ضرر عليه فلابدّ ثبوت الخيار له لكى يرتفع الضرر بذلك .

أما الجهة الاولى : فيرد عليها أن الصبر على البيع و ان كان ضرريا الا أنه كسائر الديون فلا ربط له بالخيار فانّ الخيار متعلق للعقد فالصبر على الدين أو عدمه أجنبى عنه فلو قلنا بشمول القاعدة للمقام ترتفع بها لزوم

الصبر علی الدیون و علیه فان قدرت علی المطالبة و الاخذ فیأخذ الثمن من المشتری و الا فیبقی فی ذمته کما هو واضح ٠

و علی الجملة ارتفاع وجوب الصبر عن البایع لا یوجب ثبوت الخیار بل له أن لا یصبر و یطلب الثمن من المشتری لا أن یکون له الخیار ان شاء فسخ العقد و ان شاء لم یفسخ ٠

و أما الجهة الثانیة :فیرد علیها أولا أن کون التلف علی البایع فی ثلاثة أیام أیضا ضرر علی البایع فلا یختص ذلك بما بعد ثلاثة أیام و ثانیا أن کون تلف المبیع علی البایع ضرر علیه فیرتفع بدلیل لا ضرر و یکون ذلك تخصیصا لقاعدة کل مبیع تلف قبل القبض فهو من مال بایعه فلا مساس له بثبوت الخیار للبایع و یمکن أیضا رفع الضرر بالتقاص و هو لیس خیارا بل له مع ذلك مطالبة الثمن أیضا ٠

و من هنا ظهر الجواب عن الجهة الثالثة أیضا ویضاف الی جمیع ذلك أنه لماذا یختص الخیار بما بعد ثلاثة أیام فلا یجری فیها أیضا مع أن شمول القاعدة بالنسبة الیها و الی غیرها علی حد سواء کما لا یخفی فافهم٠

الوجه الثالث: الاخبار الکثیرة المستفیضة فانها تدّل علی أنه اذا باع أحد ماله و لا یقبضح صاحبه و لا یقبض الثمن أن الأجل بینهما ثلاثة أیام فان أقبضه المشتری الثمن فیها و الا فلا بیع بینهما کما فی روایة(١) علی ابن یقطین و لا بیع له أی المشتری کما فی غیرها من الروایات (٢) حیث استدل بها علی ثبوت خیار التأخیر للمشتری و لکن یرد علیه أنها ظاهرة

---

(١) وسائل ،ج ١٢ ،ص٣٥٧ ، (ح ٣)٠

(٢) ابن الحجاج ، وسائل ، ج ١٢ ،ص٣٥٦ ، (ح ٢) ــ زراره ح ١ ــ ابن عمار (ح ۴)٠

في بطلان البيع لا في نفي اللزوم فان كلمة لا تنفي الجنس و كلمة البيع موضوعة للمبادلة الخاصة فمن اين يستفاد نفي اللزوم .

و قد ذكرت وجوه لصرف ظهور هذه الاخبار الى نفي اللزوم :

الاول : ما ذكره المصنف من أن الروايات و ان كانت ظاهرة في بطلان البيع بتأخير الثمن و لكن نستكشف من ذهاب المشهور الى ثبوت الخيار للبايع و عدم بطلان البيع أن المراد الجدي من تلك الروايات هو نفي اللزوم لا نفي الصحة ، فيكون فهم العلماء و حلمة الاخبار نفي اللزوم مما يقرب هذا المعنى ، لأنا نكشف من فهمهم أن المراد من تلك الاخبار هو نفي اللزوم لا نفي الصحة .

و فيه أن هذا يتم فيما اذا فهم هؤلاء الاعلام و حملة الاخبار من كلمة لا بيع المذكورة في هذه الاخبار نفي اللزوم بحيث كان المنشأ لذهابهم الى هذا الرأي فهمهم ذلك من تلك الاخبار ابتداء و أما اذا كانت القرينة الخارجية و التسالم الخارجي موجبة لحملهم تلك الأخبار على نفي اللزوم فلا يكون ذهابهم الى هذا موجبا لتقريب هذا المعنى فان أبيت عن الثاني فلا أقل من الاحتمال فلا يكون ذلك قرينة على ارادة نفي اللزوم من تلك الاخبار على أنا نجزم بالوجه الثاني اذ لا يتوهم أحد من أهل العرف و اللسان أن معنى لا بيع له أو بينهما هو نفي اللزوم ، بل يراد من ذلك نفي الصحة كما هو واضح .

الوجه الثاني : ما ذكره المصنف أيضا من أن ذهاب المشهور الى ثبوت الخيار للبايع دون بطلان البيع بتأخير الثمن يوجب اجمال تلك الروايات و ح ترجع الى استصحاب صحة البيع .

و فيه أنه ظهر جوابه مما تقدم في الجواب عن الوجه الاول فان الروايات ظاهرة في نفي الصحة بتأخير الثمن فكيف يكون ذهاب المشهور الى ذلك

موجبا للاجمال فيكون الاستصحاب ساقطا هنا ٠

الوجه الثالث: ما يستفاد من كلام المصنف أيضا المذكورفى تلك الاخبار هو نفى البيع للمشترى حيث قال (ع) لا بيع له و من الواضح أن نفى البيع حقيقة لا يمكن الا بارادة نفى البيع من الطرفين و عليه فاما لا بد من ذكر كلا الطرفين فى متعلق نفى البيع أو ترك ذكر المتعلق أصلا لا تخصيص الذكر بالمشترى فقط كما لا يخفى ٠ فيعلم من ذلك أن المراد من نفى البيع نفى لزوم البيع و ثبوت الخيار للبايع و قد عبّر بذلك بعد ثبوت الخيار له يكون أمر البيع بيد البايع كما لا يخفى ٠

و فيه أن هذا الوجه و ان كان وجيها بالنسبة الى الوجهين المذكورين و مع ذلك ليس بتمام لأنه أولا قد ذكر فى رواية على بن يقطين نفى البيع من الطرفين و هو مورد التفات المصنف أيضا ٠

و ثانيا أن تخصيص ذلك بالمشترى ليس من جهة اختصاص الحكم به بل من جهة أن مورد السؤال فى تلك الروايات هو المشترى فلذا خصّه الامام (ع) بالذكر لا أن ذلك من جهة كون أمر البيع بيد البيع (على أنه يمكن أن يقال أن عدم كون نفى البيع من جهة يمكن أن يكون قرينة لنفى البيع من طرف آخر أيضا لا أن يكون قرينة لثبوت الخيار للبايع فان الثانى ليس أرجح من الاول لو لم يكن الاول ارجح من الثانى فغاية الامر تكون الروايات مجملة و ح فيرجع الى رواية على بن يقطين فى ترفع الاجمال عن بقية الروايات و يؤخذ بظاهرها و هو نفى صحة البيع من المقرر) ٠

الوجه الرابع: ماذكره شيخنا الاستاذ (أن بعد القطع بأن تشريع هذا الخيار لخصوص البايع دون المشترى انما هو لأجل الارفاق على البايع اما لكون المبيع قبل القبض فى ضمانه و اما لتوقف ثمنه و عدم انتفاعه به مع خروج المبيع عن ملكه و على أى حال الارفاق عليه لا يقتضى أزيد من

خياره ، بل ربما يكون الحكم بالبطلان منافيا له كما لا يخفى).

و فيه أنه لم يظهر لنا من الروايات أن نفى البيع هنا من جهة الارفاق حتى نجعل ذلك موجبا لرفع اليد عن ظهور تلك الروايات وجعل ذلك حكمة بحسب الاعتبار العقلى وان لم يكن بعيدا و لكن لا يوجب ذلك ترتب الاثر عليها بحيث ترفع اليد بها عن ظهور الروايات أيضا ، و على هذا فنقول بكون ثلاثة أيام شرطا فى صحة البيع كما أن القبض فى المجلس شرط فى صحة بيع الصرف و السلم و على هذا فالصحيح هو بطلان البيع بتأخير الثمن كما ذهب اليه شيخ الطوسى ناسبا ذلك الى رواية الاصحاب و تبعه صاحب الحدائق طاعنا على العلامة حيث قال بصحة البيع عملا بالاستصحاب فافهم فان مقتضى الجمود فى ظاهر الأخبار هو ما ذهب اليه هؤلاء الاعلام من الشيخ و من تبعه.

الكلام فى شروط خيار التأخير

ثم ان الكلام يقع فى شروط هذا الخيار و على مسلكنا فى شروط بطلان البيع بتأخير الثمن و هى أمور :—

الاول : عدم قبض المبيع بأن لا يقبض البايع المبيع من المشترى ، و الظاهر أنه لا خلاف فى اشتراطه و قد خالف فى ذلك صاحب الرياض ، و تبعه بعض معاصرى المصنف فانكر دلالة الاخبار على هذا الشرط و لكن قوله عليه السلام فى رواية على بن يقطين : (الأجل بينهما ثلاثة أيام فان قبضه بيعه و الا فلا بيع بينهما) حجة عليه اذ المراد من البيع فى هذه الرواية هو المبيع.

و قد اعتذر المصنف عن صاحب الرياض فى دلالة الرواية على المقصود

بأنه يحتمل سقوط هذه الفقرة من الرواية عن النسخة التى أخذها صاحب الرياض منها ، أو احتمال قراءة قبض بالتخفيف و بيعه بالتشديد : يعنى قبض بايعه الثمن ثم أشكل عليه بأن استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر بل لم يوجد مع امكان اجراء أصالة عدم التشديد نظير ما ذكره فى الروضة من أصالة عدم المدّ فى لفظ البكاء الوارد فى قواطع الصلوة فانه بالمدّ بمعنى البكاء مع الصوت و بالقصر هو البكاء بلا صوت فبأصالة عدم المدّ ينفى الاول و يبقى الثانى ٠

أقول : أما احتمال سقوط هذه الفقرة من نسخة صاحب الرياض فبعيد جدا ،و أما احتمال أنه قراء لفظ قبض بالتشديد و لفظ البيع بالتخفيف فمدفوع من جهة أن الأخبار الصادرة عن الائمة عليهم السلام قد وصل الينا بواسطة الرواة يدا بيد و كانت عادتهم على نقل الأخبار بعد قراءة كل واحد منهم على استاذه و استجازته منه ،و لم يكن بينهم طريق آخر غير هذا الطريق، لكى تحفظ به اشكال الالفاظ الواردة فى الروايات٠

و من الواضح جدا أن المشهور قد اعتبروا هذا الشرط استنادا الى هذه الرواية و لم ينكر أحد ذلك غير صاحب الرياض وبعض معاصرى المصنف فلو كان لفظ قبض بالتخفيف و لفظ البيع بالتشديد لأفتى أحد على مضمونه فيعلم من ذلك أن من احتمله المصنف من الوجه توجيها لكلام صاحب الرياض لا يمكن المساعدة عليه ،و هذا الذى ذكرناه هو الوجه فى جواب ما ذهب اليه صاحب الرياض من انكار الشرط المذكور٠

و أما ما ذكره المصنف اولا من عدم استعمال لفظ البيع بالتشديد مفردا فيرده أنه لم يتفحص جميع لغة العرب حتى يرى أنه استعمل أولا فبعد كون اللفظ صحيح الصيغة فلا يضر عدم وجدانه فى الاستعمال المتعارفة على استعماله فى موارد خاص فيمكن أنه استعمل فى موارد آخر لم نصل اليها

على أنه انما يضرعدم الاستعمال اذا كان الاطلاق من السماعيات و ليس كذلك فى المقام فان البيع بالتشديد على وزن فعيل من الاوزان القياسية فيصح استعماله على هذا القياس سواء وجد استعماله فى موردآخر أملا ·

و أما ماذكره من أصالة عدم التشديد لفظ البيع فمضافا الى معارضتها بأصالة عدم صدور لفظ البيع بالتخفيف عن الامام(ع) أن التشديد موجود فى الرواية على كل تقدير فأنه اذا قرئنا لفظ البيع بالتخفيف كان لفظ قبض بالتشديد فلصاحب الرياض أن نقول ان الاصل عدم كونه بالتشديد لكونه أمرا زائدا فالاصل عدمه على أن أصالة عدم كون البيع مشددا لا يثبت كونه مخففا فان كلا منهما أجنبى عن الاخر فيكون الاصلان معارضان كما عرفت·

نعم ما ذكره الشهيد من اجراء أصالة عدم المدّ فى لفظ البكاء فلموجه لكون البكاء بالمدّ و القصر مادة واحدة فيمكن اجراء عدم زيادة المد هنا فان هذه المادة قد صدرت قطعا و لا ندرى أنها بالمدّ أو بالقصرفالاصل عدم المدّ ·

وعلى الجملة ، ان الجواب عن الرياض هو ما ذكرناه كما عرفت ،و عليه فمقتضى الرواية هو اعتبار الشرط المذكور فى المقام فبناء على المشهور يكون ذلك شرط فى ثبوت الخيار فبناء على ما ذكرناه يكون شرطا فى بطلان البيع فلو باع أحد شيئا فلم يقبض المبيع و لم يأخذ ثمنه فينتظر ثلاثة أيام فان جاء المشترى بالثمن و الا فللبايع الخيار أو يبطل البيع من الاول بعد ثلاثةايام وكيف كان فالرواية صريحة فى هذا الشرط، نعم لا دلالة للروايات الأخر على ذلك ·

وعلى الجملة فاطلاق رواية على بن يقطين حجة لنا و على صاحب الرياض و من هنا ظهر الحال فى الفرعين الآيتين : احدهما أن يكون عدم قبض المشترى المثمن من جهة عدوان البايع بأن بذل المشترى الثمن للبايع

و لكنه امتنع من أخذه و اقباض الثمن · الثانى أن يأخذ المشترى المبيع بغير اذن البايع و اطلاعه مع عدم أقباض المشترى الثمن منه ·

فذكر المصنف، ان ظاهر النص و الفتوى كون هذا الخيار رفاقا للبايع و دفعا لتضرره فلا يجرى فيما اذا كان الامتناع من قبله و ذكر أيضا انه لو قبض المشترى المبيع على وجه يكون للبايع استرداده، كما اذا كان بدون اذنه فثبوت الخيار و عدمه مبنى على كفاية هذا المقدار من القبض فى ارتفاع الضمان عن البايع وعدمه فان قلنا بكفاية التخلية بين المال و مالكه فى رفع الضمان عن البايع اذا تلف لعدم كونه قبل القبض سقط الخيار لعدم جريان قاعدة نفى الضرر هنا و أما ضرر عدم وصول الثمن اليه فمدفوع بامكان دفعه بالمقاصة و نحوه و اذا لم نقل بكفاية ذلك فى القبض بحيث كان ضمان المبيع اذا تلف على البايع لكونه قبل القبض كان له الخيار لتوجه الضرر عليه فتشمله قاعدة نفى الضرر كما هو واضح ·

أقول : قد عرفت فى الجواب عن شيخنا الاستاذ أن مقتضى اطلاق الروايات هو بطلان البيع و ليس فيها ما يدل على أن ذلك من جهة الارفاق على البايع حتى نلاحظ ذلك فاذا تحقق فى مورد نحكم بثبوت الخيار و الا فلا ، بل اطلاق الروايات حجة على ذلك، و عليه فمقتضى قوله عليه السلام فان قبضه بيعه و الا فلا بيع بينهما أن شرط لزوم البيع على المشهور وصحة البيع على ما اخترناه هو عدم تحقق الاقباض مستندا الى البايع فاذا تحقق ذلك فلا خيار له، و صح البيع و الا فله الخيار أو بطل البيع سواء كان ضمان المبيع مع التلف على البايع أو لا ، فان الواجب علينا ملاحظة ظهور الرواية نعم لو كان مدرك هذا الخيار هو دليل لا ضرر لكان لابتناء المقام بالمسئلة الاتية وجه فانه مع عدم ضمان المبيع على البايع ليس عليه ضرر و لكن قد عرفت الجواب عنه و أن المدرك لذلك انما هو الروايات كما عرفت والاّ فيمكن

دفع الضرر بغير الخيار أيضا كالمقاصة و نحوها ·

و الحاصل: أنه اذا باع أحد شيئا فلم يقبض الى ثلاثة أيام فله الخيار أو بطل البيع سواء كان عدم الاقباض مستندا الى العدوان أو الى عدم دفع الثمن أو كان المشترى أخذه بدون اقباض من البايع فان فى جميع ذلك يصدق عليه أنه لم يقبض البايع المبيع كما هو واضح ، فهذا الاطلاق متبع و الحكمة المذكورة مندفعة بهذا الاطلاق أيضا ·

و حاصل الكلام : أن اطلاق رواية على بن يقطين يقتضى اعتبار عدم اقباض المبيع فى خيار الشرط أو فى بطلان البيع كما عرفت و قد انتهى الكلام الى فروع هذا الشرط·

الفرع الاول : هل يعتبر فى عدم ثبوت هذا الخيار عدم تحقق الاقباض الجائز بحيث يجوز للبايع أن لا يقبض المبيع لعدم وصول الثمن اليه أو يشمل الحكم لمطلق عدم الاقباض و ان كان ذلك عن عدوان بان جاء المشترى بالثمن و امتنع البايع عن أخذه و اعطائه المثمن قد عرفت أنه ذكر المصنف اختصاص الحكم بالصورة الاولى لان هذا الحكم مبنى على الارفاق و هو منفى فى صورة العدوان و لا تشمله قاعدة نفى الضرر أيضا لانه امتنع عن الاقباض بنفسه فقد أقدم على الضرر·

و لكن قد عرفت أن الاخبار المذكورة خالية عن اعتبار الارفاق فى الحكم و لا وجه لاعتباره هنا كما هو واضح ·

و الذى يستفاد من الأخبار أمران الاول : أن يقبض البايع الثمن وقد دلت على هذا عدة من الروايات فعمدتها الصحيحة الأخيرة فى كلام المصنف فمضمون تلك الأخبار أن المشترى اذا جاء بالثمن فبها و الا فلا بيع له ·

و رواية على بن يقطين قد دلت على اعتبار أمر آخر وراء هذا الشرط و هو أن يقبض المبيع فلا تنافى بينها و بين تلك الروايات بوجه ، لكى يتوهم

التعارض بينهما بالعموم من وجه بل مفاد رواية على بن يقطين ان البيع يبطل من جهة أخرى أو يكون خياريا و هى عدم اقباض البايع مع عدم أخذ الثمن و أن أمكنه المشترى من ذلك كما أن بطلان البيع من جهة الغرر مثلا لا ينافى بطلانه من جهة انتفاء شرط آخر له و أن بطلانه مثلا للغرر، لا ينافى بطلانه أو خياريته من جهة عدم اقباض الثمن كما لا يخفى ٠

وعلى هذا فلا يفرق بين كون عدم اقباض جائزا كما فى صورة عدم دفع المشترى الثمن اليه أو عدوانيا كما اذا أمكنه المشترى من قبض الثمن و هو أى البايع لا يقبضه و لا يدفع اليه المبيع عدوانا فانه ح أيضا يبطل البيع بعد ثلاثة أيام على المختار و يكون ذى خيارى على المشهور٠

و أما الفرع الثالث: فقد عرفت الكلام فيه و هو أن يأخذ المشترى المبيع بدون اذن المالك فقد ذكر المصنف أنه مبنى على المسئلة الآيتة من ارتفاع الضمان بمثل هذا القبض و عدمه فانه مع ارتفاع الضمان بذلك لا يتوجه دليل نفى الضرر كما هو واضح و قد ذكرنا أنه يصح بناء على كون المدرك فى المقام هو دليل نفى الضرر و قد عرفت بطلانه بل المدرك لذلك هو الروايات و هى تدل على بطلان البيع أو تزلزله بدون اقباض المبيع بحيث يكون عدم الاقباض مستندا الى البايع كما عرفت ذلك من اطلاق رواية على بن يقطين فافهم ٠

الفرع الرابع : أن يقبض البايع بعض المبيع فهل هو كلا قبض لظاهر الأخبار فانها ظاهرة فى قبض مجموع المبيع أو كالقبض فيحكم بالصحة على مسلكنا أو باللزوم على المشهور لا نصرف الاخبار الى صورة عدم قبض شىء منه أو يفصل بين الجزء المقبوض و غيره وجوه و حيث ان المصنف جعل مدرك الحكم دليل نفى الضرر فالتزم بالتفصيل لعدم تضرر البايع فى المقدار المقبوض و لكن قد عرفت جوابه ٠

و التحقيق هو اختيار التفصيل بوجه آخر و هو أنا ذكرنا مرارا أن المبيع اذا كان ذی أجزاء بحيث يعد فی العرف متعددا و باعه صفقة واحدة فالبيع ينحل الی بيوع متعددة كانحلال الأحكام الاستغراقية حسب تعدد الافراد الی احكام عديدة و يكون ذلك فی الحقيقة بيعان مستقلان وبهذا صححنا ما اذا باع شخص شيئا فظهر بعضه مستحقا للغير فحكمنا بصحته علی طبق القاعدة و هكذا ما اذا باع أحد الشاة و الخنزير أو الخمر و الخل صفقة واحدة فان البيع يصح فی ما يملك و يبطل فی غيره و كذا اذا باع مال غيره فاجاز المالك بعضه دون بعض أو كان المبيع لمالكين فاجاز مالك بعض و لم يمض مالك البعض الآخر فان البيع فی جميع هذه الصور يصح فی جزء و يبطل فی الجزء الآخر و الوجه فی جميع ذلك هو انحلال البيع الی بيوع متعددة لانه واحدا بحسب الانشاء لا فی الحقيقة كأتحاد الحكم الاستغراقی بحسب الانشاء و تعدده فی الحقيقة و مع عدم القول بالانحلال أو فی الموارد التی لا يمكن القول بالانحلال فلا وجه أصلا للحكم بالصحة مطلقا كما شقّق المصنف بل لا بدّ من الحكم بالبطلان فان البيع بيع واحد فمع قبض بعض المبيع لا يصدق عليه اقباض المبيع كما أنه اذا غسل أحد رأسه لا يصدق عليه أنه غسل تمام بدنه بل ما لم يقبض البايع تمام المبيع الی ثلاثة أيام بطل البيع أو كان البايع له الخيار كما لا يخفی فافهم

الشرط الثانی : عدم قبض البايع مجموع الثمن ، فقد ذكر المصنف أن هذا الشرط مجمع عليه نصا و فتوی و قبض البعض كلا قبض بظاهر الأخبار المعتضد بفهم أبی بكر العياش القاضی الذی ذكر ذلك فی رواية ابن الحجاج (۱) و هی أنه قال اشتريت محملا و أعطيت بعض الثمن و تركته عند

---

(۱) وسائل ـ ج ۱۲ ، ص ۳۵۶ .

صاحبه ثم احتسبت أياما ثم جئت الى بايع المحمل لاخذه فقال قد بعته فضحكت ثم قلت: لا والله لا أدعك أو اقاضيك، فقال لى: ترضى بابى بكربن عيّاش؟ قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصتّنا فقال ابوبكر: بقول من تريد أن اقضى بينكما بقول صاحبك أو غيره، قال: قلت بقول صاحبى، قال سمعته يقول من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة ايام و الآفلا بيع له.

حيث ان مورد المحاكمة و السؤال عن أبى بكر هو مورد بحثنا وقد حكم فيه أبى بكر بعدم البيع و استفاد ذلك من قول الامام عليه السلام، بل ذكر المصنف أنه ربما يستدل بهذه الرواية تبعا للتذكرة و فيه نظر.

أقول: ان تم الاجماع على اعتبار قبض مجموع الثمن فى لزوم أوصحته فهو و الا فلا دليل على ذلك، ولكن الاجماع التعبدى لم يتم فانه قد استدل بعضهم كالتذكرة و غيره بالروايات تعبا لفهم أبى بكر بن عيّاش و مع تسليم أن أبابكر بن العيّاش رجل صحيح ثقة، و لكن فهمه ليس بحجة لنا لعدم كونه معصوما قطعا و على هذا فان قلنا بالانحلال كما قلنا فى طرف البيع فيحكم باللزوم أو الصحة فى الجزء المقبوض و بالبطلان أو التزلزل فى الجزء الغير المقبوض و هذا هو الاقوى و الا فيحكم بالبطلان فى الجميع كماعرفت فى طرف المبيع و أما الصحة مطلقا فلا وجه له أصلا فافهم.

ثم انه لو قبض البايع الثمن بغير رضى المشترى فهل يحكم بسقوط الخيار أو بصحة البيع حينئذ لتحقق قبض الثمن فان من شرائط صحةالبيع على المختار أو من شرائط لزومه على المشهور هو عدم تحقق قبض الثمن فاذا تحقق بأى نحو قد حصل الشرط أو أن هذا القبض كلا قبض فان الظاهر من الاخبار هو تحقق ذلك بالاختيار و الرضا من المشترى كما قلنا بلزوم تحقق اقباض المبيع باختيار البايع و رضاه و الا فيكون وجوده كعدمه.

نعم اذا مكّن البايع المشترى من المبيع و لم يقبض المشترى ذلك فانه

حينئذ جاز للبايع أخذ الثمن من المشترى بأى نحو كان ولو بالجبروالاكراه فانه حينئذ يجب على المشترى اقباض الثمن، وانما لم يقبض ذلك عدوانا بخلاف الفرع الاول فان أخذ الثمن من المشترى بغير اذنه عدوان فلا يجوز و ان كان المال أى الثمن للبايع، ولكن ما لم يعطى المبيع للمشترى أو لم يمكّنه من المبيع ليس له شرعا أخذ ماله والمفروض أنه لم يقبضه و لم يمكنه أيضا من ذلك:

و بعبارة أخرى أن المستفاد من الأخبار المتقدمة أنه اذا لم يترتب أثر البيع عليه و هو اقباض البايع المبيع و اقباض المشترى الثمن فلا يجب لكل منهما الاقباض و لا يجوز لكل منهما الاخذ من الآخر بدون اذن الآخر فان وجوب الاقباض أو جواز الأخذ و لو بغير اذن الطرف الآخر انما هو مشروط باقباض أحدهما والا فلا يجوز و قد ذكر فى الأخبار أنه لا بيع اذ لم يجى المشترى الثمن و لم يقبض البايع المبيع و ظاهر ذلك كون كل منهما متحققا برضا الآخر كما لا يخفى . و هذا بخلاف ما اذا تحقق الاقباض من أحد الطرفين فانه حيئذ يجب ترتيب أثر البيع عليه من الطرف الآخر أيضا و هو واضح جدا .

ثم أنه اذا أخذ البايع الثمن بغير رضى المشترى ثم أجاز المشترى فهل يكون ذلك موجبا لصحة البيع أو سقوط الخيار أم لا فنقول أن الاجازة قد تكون فى ضمن ثلاثة أيام و قد يكون بعدها و ان كانت فى ضمنها فلا شبهة فى صحة البيع أو لزومه فان بطلان البيع أو كون البايع على خيار كان مشروطا بان لا يجى المشترى الثمن فى ضمن ثلاثة أيام و من الواضح أن قبل انقضاء الثلاثة لما أخذ البايع يكون مثل مجى الثمن كما هو واضح .

و عليه فلا ثمرة ح فى البحث عن أن الاجازة كاشفة أو ناقلة أى الثمرة المترتبة على الاجازة بعد ثلاثة أيام و ان كانت هنا ثمرة أخرى .

و ان كانت الاجازة بعد ثلاثة أيام فعلى القول بالكشف فيحكم بصحة البيع أو بلزومه و ذلك لأن بالاجازة تكشف عن أن القبض انما تحقق قبل انقضاء الثلاثة و قد عرفت أن الخيار كان مشروطا بعدم مجی الثمن بعد الثلاثة كما هو واضح ·

وعلى القول بالنقل فيحكم ببطلان البيع على المسلك الحق و يكون البايع ذى خيار على المشهور اذ الاتيان بالثمن انما تحقق بعد ثلاثةايام الذى كان موضوعا لثبوت الخيار للبايع و هذا واضح لا شبهة فيه ·

ثم هل الاجازة هنا كاشفة أو ناقلة يظهر من المصنف أن الاجازة هنا ناقلة مع أنه ذهب فی البيع الفضولی الى الكشف الحكمی وعليه فلا ملازمة بين المسألتين و هذا هو الحق فالقول بالكشف هناك لا يلازم القول بالكشف فی هذه المسئلة أيضا و توضيح ذلك أن البيع و الشراء و كذا سائر العقود و الايقاعات أمور خفيف المؤنة لأن قوامها بالاعتبار الذى هو خفيف المؤنة فيمكن أن تتعلق بالامور السابقة فلا مانع فی نفسه أن يبيع أحد دار نفسه قبل سنة بأن اعتبر كونها ملكا لزيد قبل سنة و هكذا فی بقية العقود فلا يرى العقل محذورا فی ذلك الا أن ذلك مما لا يساعده العرف و أنه بعيد عن أذهانهم و مرتكزاتهم و لا يعتبرون ذلك بوجه وعليه فتكون أدلة امضاء العقود منصرفة عن ذلك فلا يشمله أوفوا بالعقود و نحوه من أدلة اللزوم و الصحة فيحكم بالبطلان و لكن قد ذكرنا فی بيع الفضولی أن هذا الاعتبار يساعده أهل العرف و أنه ليس ببعيد عن مرتكزاتهم ، بل جرى عليه عملهم كثيرا فيكون مشمولا للادلة الدالة على لزوم العقود و صحته كما هو واضح فلا شبهة فی أن العرف يعتبر البيع اذا صدر عن غير المالك و اذا لحقته اجازة المالك حكم بصحته و لزومه لكونه مشمولا للأدلة المذكورة ·

و هذا المعنى أى اعتبار العرف البيع و نحوه قبل زمان الاجازة ، لا

يجري في التكوينيات اذ لا معنى لكون الامر التكويني الواقع في زمان واقعا في زمان آخر بالاعتبار فان الأمور التكوينية لا تختلف بالاعتبار وعليه فاقباض الثمن أو المثمن في ضمن الثلاثة أيام الذي هو شرط للزوم البيع على المشهور أو صحته على المختار أمر تكويني فهذا الأمر التكويني لا بدّ و أن يتحقق في ضمن الثلاثة فلو تحقق بعد ثلاثة فلا يكون موجبا للصحة أو اللزوم و لذلك ما اذا لم يتحقق أصلا وعليه فاذا أخذ البايع الثمن في ضمن الثلاثة بغير رضى المشتري فهو كلا قبض فلا يكون موجبا لصحة البيع أو لزومه و المفروض أنه أمر تكويني فلا يختلف بالاعتبار فلا يكون قبضا في ضمن الثلاثة بالاجازة بعد ثلاثة أيام، فيكون الكشف ح لغوا فلا مناص من القول بالنقل هنا كما ذهب اليه المصنف و ح فيحكم ببطلان البيع على المختار و بثبوت الخيار للبايع على المشهور لتحقق القبض من حين الاجازة كما هو واضح .

ثم ان هنا شيء لم يتعرض المصنف، و هو أنه اذا انعكس ما ذكرناه بأن أخذ المشتري المثمن من البايع بدون اذنه بأن سرقه منه أو أخذه منه قهرا و اكراها من غير ان يقبضه الثمن أو مكنه منه ثم أجاز البايع ذلك بعد ثلاثة أيام فعلى القول بالبطلان كما اخترناه فلا شبهة في ظهور الثمرة هنا فانه على القول بالنقل يحكم بالبطلان وعلى القول بالكشف يحكم بالصحة بعين ما ذكرناه في طرف المشتري وأما على مسلك المشهور فالظاهر أنه لا يترتب عليه ثمر الكشف و النقل و لعل المصنف لأجل ذلك لم يتعرضه لأنه ذهب الى صحة العقد مع الخيار دون البطلان و الوجه في ذلك أن الخيار هنا للبايع فاذا أجاز القبض فان قلنا بالكشف فلا شبهة في صحة البيع لتحقق شرطه على الفرض وعلى القول بالنقل فان البايع و ان كان يقبض المبيع من حين الاجازة و لكنه يسقط الخيار بذلك فان اجازته القبض السابق اسقاط للخيار كما هو الظاهر، ولا يرد عليه أنه يقبض مال المشتري

الیه بالاجازة فاعطاء مال الناس الیه لا یکون موجبا لسقوط خیاره فانه یقال ان المال و لو کان للمشتری و لکن لم یکن له حق الاخذ بدون اذن البایع فاذا أخذه بدون اذنه فاجازه البایع یکون ذلک کلشفا بالالتزام عن سقوط خیاره و الا فلم یجز القبض و لیس من المتعارف أن یجز القبض و یبقی خیاره الی مدة کما هو واضح ·

الشرط الثالث: أن لا یشترط المشتری علی البایع تأخیر الثمن و الّا فلا خیار بتأخیر الثمن و الوجه فی ذلک أن الأخبار المتقدمة منصرفة عن هذه الصورة و ذلک لأنها متوجهة الی فرض أن یکون للبایع حق مطالبة الثمن لکی یترتب علیه أنه اذا لم یجی بالثمن فله الخیار اذ المشتری لم یعمل بوظیفته ،و أما اذا اشترط ذلک المشتری علی البایع فانه لیس للبایع الخیار کما لا یخفی فافهم ·

الشرط الرابع أن یکون المبیع عینا أو شبهه کصاع من صبرة نص علیه الشیخ فی المبسوط و هو ظاهر کثیر من الفقهاء علی ما فی المتن و ذکر المصنف أن هذا الخیار أی خیار تأخیر الثمن مختص بالعین الشخصیة فلا یجری فی المبیع الکلی و قال ان کلمات الفقهاء موردها ذلک و کذلك معاقد اجماعاتهم فانها مختصة بالعین الشخصیة فلا تشمل المبیع الکلی کما لا یخفی ·

و أما حدیث نفی الضرر فهو أیضا مختص بالشخصی لأنه المضمون علی البایع قبل القبض فیتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فیه وعدم وصول بدله الیه بخلاف الکلی فانه لا تلف فیه لیکون درکه علی البایع و یتضرر من ذلك ثم ذکر النصوص فرویتا (١) ابن یقطین و ابن عمار مشتملتان علی لفظ البیع

---

(١) وسائل ــ ج ١٢ ، ص ٣٥٧ ،ح ٣و٤ ·

المراد به المبيع و الوجه فى اطلاقه على المبيع قبل البيع هو كون المبيع معرضا للبيع و لا مناسبة لاطلاقه على الكلى لعدم صحة كونه معرضا للبيع فلا يصح هذا الاطلاق فيه فلا تشمل الروايتان على الكلى ·

و أما رواية(١) زرارة فهى أيضا ظاهرة فى المبيع الشخصى فلا تشمل الكلى و ذلك لأن قول السائل فيها ، الرجل يشترى من الرجل المتاع ثم يدعه عنده ، فيقول : حتى آتيك بثمنه قال : ان جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام و الا فلا بيع له ، ظاهر فى المبيع الشخصى فان المتاع ظاهر فى ذلك وكذا قوله ثم يدعه فان الايداع لا يمكن فى المبيع الكلى ، كما لا يخفى ·

و أما رواية ابى بكر بن عياش من اشترى شيئا فان اطلاقه و ان شمل المعين و الكلى كليهما الا أن الظاهر من لفظ الشيء الموجود الخارجي و من الواضح أن الكلى المبيع ليس موجودا خارجيا و الوجه فى ذلك هو أن الشيء مجاز مشهور فى الأمور الخارجية فلا يحتاج فى اطلاقه عليها الى القرائن الخارجية ، كما لا يخفى · هذا حاصل ما ذكره المصنف ، و لكن جميع ما ذكره مورد للمناقشة ، أما ما ذكره من ظهور كلمات الفقهاء فى الشخصى و اختصاص معاقد اجماعاتهم بالمبيع المعين الخارجي فهو واضح البطلان فانه و ان كان بالنسبة الى بعضهم مسلما كعبارة الشيخ فى المبسوط و أنها ظاهرة فى ذلك و لكن لا شبهة فى صراحة عبارة بعضهم أيضا فى المبيع الكلى ، كما لا يخفى ، بل نسب الشهيد (ره) تخصيص الحكم بالعين الشخصية الى الشيخ ، فيعلم من ذلك أنه لم يقل بذلك غير الشيخ و من تبعه فضلا عن اتفاق كلماتهم أو اجماعهم على ذلك فلو كان هنا اجماع لم يذكر الشهيد (ره) ذلك و واضح أن الشهيد ممتاز فى فهم كلمات الفقهاء

---

(١) وسائل ــ ج ١٢ ، ص ٣٥٦ ، ح ١ ·

بل قيل انه لسان الفقهاء و لو سلمنا اختصاص كلمات المشهور فهم بذلك فانه لا يصل الى حد الاجماع بعد كلام الشهيد (ره) ٠

و أما حديث نفى الضرر فقد ذكرنا أنه لا يثبت الخيار فلا يكون دليلا على المطلب وعلى تقدير كونه دليلا على الخيار فلا شبهة فى شموله على المبيع الكلى أيضا و ذلك لما عرفت أن الضرر هنا يكون من جهات ثلاث الاولى الضرر من جهة تلف المبيع و الثانية من جهة حفظها للمشترى وعدم جواز التصرف فيه و هاتان الجهتان لا تجريان فى المبيع الكلى والثالثة أن يكون الضرر من جهة أن عدم اعطاء المشترى الثمن للبايع ضرر عليه فلا شبهة أن هذه الجهة تجرى فى صورتى كون المبيع شخصيا أو كليّا كما هو واضح ، على أنك قد عرفت أن لا ضرر ليس دليلا على ثبوت خيار التأخير للبايع و دعوى ان عدم دفع الثمن الى البايع من ترك المنفعة كما توهّم لا من الضرر دعوى جزافية كما هو واضح و أما الروايات فلا شبهة فى ظهور روايتى ابن يقطين و ابن عمار فى البيع الكلى فان المراد من البيع فيهما هو المبيع كما استظهره المصنف من جهة أن قول السائل فلا يقبضه فى رواية على بن يقطين و قول الامام عليه السلام من اشترى بيعا فى رواية ابن عمار صريح فى ارادة المبيع من البيع فانه لا معنى لقبض البيع و كذلك قوله عليه السلام اشترى بيعا فانه أيضا لا معنى لشراء البيع و هذا واضح لا شبهة فيه الا انه لا وجه لاستظهاره اختصاص الروايتين بالشخصى من جهة أن لفظ البيع انما أطلق على المبيع من كون المبيع معرضا للبيع فلا معرضية فى الكلى و ذلك لأنه يرد عليه أولا أن الوجه فى اطلاق البيع على المبيع ليس هو ما ذكره المصنف، بل من جهة ما يؤل اليه و أنه حيث يؤل المتاع مبيعا و يعرض عليه البيع فلذا اطلق عليه البيع كما يقال من قتل قتيلا فلهسلبه وفى قوله تعالى انى أرى أعصر خمرا ٠ و غير ذلك من الموارد التى يصح الاطلاق

فيها باعتبار ما يؤل اليه ٠

على أنه يصح المعرضية فى الكلى أيضا فان الكليات الذمية قابلة للمعرضية على البيع، بل غالب البيوع من هذا القبيل كالبيوع الواقعة بين التجار فان معاملاتهم بالبيوع الكلية فانهم عقد و فى حجراتهم فيبيعون و يشترون كليّا ٠

و على الجملة فظهور البيع أعم من الكلية و الشخصية كما هو واضح ففى كفاية هاتين الروايتين فى شمول الحكم للكلى غنى و كفاية و ان لم تكن الروايات الاخر ظاهرة فى الكلى كما لا يخفى ،و أما صحيحة زرارة فالمتاع المذكور فيها فى قول السائل كلفظ المال و الماء من المفاهيم الكلية فلا وجه لدعوى اختصاصه بالعين الشخصية و أما دعوى اختصاصه بالشخصى من جهة قوله و يدعه عنده فممنوع فانه بمعنى الترك فمراده السؤال من السائل اشترى متاعا و تركه عند البايع،ولا شبهة فى صدق ذلك على الكلى ،بل كثر اطلاق ذلك فى الثمن فانه يقال انه باع و لم يأخذ الثمن ،بل تركه عند البايع حتى مع التصريح بكون الثمن كليّا يصح هذا الاطلاق و مع ظهوره فى العين الشخصية فلم يذكر ذلك فى كلام الامام عليه السلام ليكون موجبا لتقييد الحكم و اختصاصه بالشخصى بحيث يلزم رفع اليد بها عن الروايتين المتقدمتين أيضا فغاية الامر فلا ظهور لهذه الرواية فى الكلى و لكن ليس له ظهور فى نفى الحكم عن المبيع الكلى و عليه فتكفينا الروايتان المتقدمتان كما هو واضح ٠

وأما رواية أبى بكر عيّاش اولا أنها ضعيفة السند، و ثانيا :أنه لا شبهة فى شمولها للمبيع الكلى و الشخصى لأن الشئ من المفاهيم العامة يطلق على جميع الاشياء ،بل لا شئ أعم منه لاطلاقه على الواجب و الممكن و على الأمور الاعتبارية و المتأصلة كما هو واضح ٠

و لا شبهة ان الكلى قبل تعلق الاعتبارية و كونه مبيعا و ان لم يكن

شيئا و لكن يطلق عليه الشيء بعد تعلق البيع به كما هو واضح فيكـــون مشمولا للحديث و قد ذكر لعدم شموله على الكلى وجهان الاول ان الشيء عبارة عما هو مشيء وجوده فلا يطلق على غير الأمور الوجودية لكونه مساوقا للوجود فلا يشمل الكلى و لا يطلق الشيء عليه و فيه أن هذا انما هو فى اصطلاح الفلاسفة و الا فلا شبهة فى اطلاق الشيء على جميع الاشياء الوجودية و العدمية و سلب الشيئة في بعض الموارد، و عن الامور العدمية باعتبار عدم المحمول كما فى قوله تعالى يحسبه الظمان ماء و اذا جاء لم يجد شيئا أى لم يجد شيئا و هو الماء الذى يطلبه و الا كان هناك شيء قطعا فلا أقل من التراب حتى لو وجد عند كنزا فأيضا يقال لم يجد شيئا لأنه كان فى صدد الماء ،و قد عرفت أن الشيء من المفاهيم العامة فيشمل جميع الاشياء الموجود والمعدومة و لا شبهة أن الكلى الذى تعلـــق بـــه البيع و اعتبار العقلا الشيء ثابت فى ذمة البايع،كما لا يخفى ٠

الوجه الثانى : ما ذكره المصنف من الفراق لفظ الشيء عن الكلى الى الموجود الخارجى ،بحيث صار مجازا مشهورا لا يحتاج فى اطلاقـــه الى القرائن ٠

و فيه أنه لا وجه لهذه الدعوى،فانه بعد تسليم اطلاق الشيء على جميع المفاهيم حتى الواجب و جميع الاشياء الموجودة و المعدودة والاعتبا- ريات فأى موجب للانصراف كما لا يخفى على أن لازم كلام المصنف أنه لو ورود النهى عن بيع شيء مثلا فى وقت كيوم الجمعة فلازم ذلك عدم شموله بالبيع الكلى فلو عامل أحد معاملة كلية لا تكون ذلك محرمة ، على أنه لو أغمضنا عن جميع ذلك و سلمنا ظهور هذه الرواية الضعيفة فى المبيع الشخصى و لو بضميمة الانصراف و لكن لا يوجب ذلك رفع اليد عن الروايتين الاولتين فى الكلى كما تقدم ، فافهم ٠

قوله ثم ان هنا أمورا قيل باعتبارها فى هذا الخيار أقول قد ذكرت هنا أمور بلحاظ أنها معتبرة فى هذا الخيار.

الاول : عدم الخيار لأحدهما ، أولهما قال فى التحرير ولا خيار للبايع لو كان فى البيع خيار لأحدهما و فى السرائر قيد الحكم فى عنوان المسئلة بقوله، و لم يشترط خيار لهما أو لأحدهما ،و قد أنكر المصنف اشتراط هذا الخيار بكونه مشروطا بهذا الشرط على وجه الاطلاق سواء كان المراد من الخيار المشروط عدمه فى هذا الخيار هو خيار الشرط أم خيار الحيوان أم غيرهما ، و الوجه فى ذلك هو عدم الدليل على اعتبار هذا الشرط، كما هو واضح .

ثم وجه هذا القول بأمرين الذين ينتج ضم أحدهما الى الآخر اشتراط خيار التأخير بهذا الشرط أى بعدم الخيار لأحدهما أولهما .

الاول : أن النصوص الواردة فى مشروعية هذا الخيار كلها منصرفة عن ذلك ،لأنه انما ثبت فى حق من له حق المطالبة لبدل ماله من الآخر و مع اشتراط التأخير ليس له حق المطالبة ،و لا أن وظيفة من له الخيار وجوب التسليم ،بل له أن يقبض و له أن لا يقبض كما هو واضح .

الامر الثانى : أن من أحكام الخيار أنه لا يجب على من له الخيار اقباض الثمن أو المثمن من الطرف الآخر، كما فى التذكرة ، خيث قال : انه لا يجب على البايع تسليم المبيع و لا على المشترى تسليم الثمن فى زمان الخيار ولو تسلّم أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على التسليم و ضم أحد الأمرين الى الآخر ينتج أن من له حق تأخير العوض و عدم اقباضه من الطرف الآخر بحيث له أن يؤخر الاقباض لحق لا يثبت عليه خيار التأخير لانصراف الأدلة عن ذلك .

و الحاصل : أن من له الخيار كأنه شرط على الاخير تأجيل العوض فلا

يثبت عليه خيار التأخير ·

و قد أجاب عنه المصنف على فرض تسليم المقدّمتين حيث قال وفيه بعد تسليم المقدمتين فان كلامه هذا ظاهر فى أنه لا يسلّم المقدمتين ·

و حاصل جوابه على فرض تسليم المقدمتين النقض بخيار المجلس و خيار الحيوان و قال ان لازم ذلك كون مبدء الثلاثة من حين التفرق فى خيار المجلس و كون هذا الخيار مختصا بغير الحيوان مع اتفاقهم على ثبوته فيه كما يظهر من المختلف و ان ذهب الصدوق الى كون الخيار فى الجارية بعد شهر الا أنه قول اختص بعد الصدوق للنص الخاص ·

ثم حيث انه ما من معاملة الا و قد ثبت فيها خيار المجلس الا ما شذ و ندر، فلذا لو خص خيار التأخير بغيره لزم حمل الأخبار الواردة فيه على مورد نادر، فلذا ذكر المصنف أنه يلزم أن يكون خيار التأخير فى ذلك بعد التفرق و أما لو قلنا باختصاص ذلك بغير موارد خيار الحيوان فلا يلزم فيه المحذور المذكور، و لذا نقض المصنف بأنه يلزم اختصاص ذلك بغير خيار الحيوان كما هو واضح ·

و قد أشكل شيخنا الاستاذ على ما ذكره المصنف وتسلمها ذكرها العلامة فى التذكرة و ابن ادرس فى السرائر و قال كلتا المقدمتين مما لا بدّ من تسلمهما احدهما أن من له حق التأخير لا يثبت عليه خيار كما هو واضح ·

و المقدمة الثانية : هى أن من احكام الخيار عدم وجوب التسليم و الاقباض ·

أما المقدمة الاولى : فلأن الأخبار منصرفة عمّن جاز له التأخير، وليس موظفا بالاتيان لان الظاهر من تلك الأخبار هو أن الاتيان بالثمن كان لازما حيث قال عليه السلام و لم يقبض الثمن أو ان جاء بين ثلاثة أيام و الا فللبايع الخيار و أما مع ثبوت خيار التأخير له فلا مجال لثبوت الحكم كما لا يخفى فافهم ·

و هذه المقدمة مما لا شبهة فيها ، بل ذكر المصنف فی الشرط الثالث أن الأخبار منصرفة عن صورة اشتراط التأخير و قلنا أن خيار التأخير انما جعل لمن كان له المطالبة و لم يكن للآخر حق التأخير بل كان موظفا بالاداء

و أما المقدمة الثانية فقد أشكل عليه شيخنا الاستاذ من أن له لايجب عليه التسليم و توضيح ذلك أن بناء المعاملة على التسليم و التسلم و التبديل و التبدل فيصير القبض والاقباض من الشروط الضمنية التی التزم بها المتعاقدان فی متن العقد فمرجع كون العقد خياريا الى أنه بجميع ما تضمنه من الشروط الضمنية أو الصريحة غير واجب الوفاء فكما لا يجب الوفاء بنفس العقد كذلك لا يجب الوفاء بما فی ضمنه من التعهدات الضمنية ، بل الصريحة غير لازمة الوفاء فلا يجب التسليم و التسلم فی العقد الخياری و عليه فلا يجری فيه خيار التأخير و هذا المعنى قد التزم به المصنف فی أحكام القبض حيث ذكر الأردبيلی أن من ظلم على أحد و لم يسلم المبيع الذی باعه منه ليس للآخر منع تسليم الثمن فانه أيضا معصية و اجاب عنه المصنف بانه اذا منع البايع فی التسليم فللمشتری أيضا لا يجب تسليم الثمن نعم قد انكر المصنف ذلك هنا و فی أحكام الخيار ثم ذكر أن هذا الخيار لا ينافی خيار المجلس الا فی فرض نادر بأن بقيا فی مجلس العقد الى بعد ثلاثة أيام لسجن و نحوه و ح نلتزم أيضا بعدم خيار التأخير .

و أما خيار الحيوان فهو أيضا لا يمنع عن هذا الخيار فان غاية ما يمكن ان يلتزم به و يستظهر من الأدلة من مناسبة الحكم والموضوع أن يكون التأخير عند انقضاء الثلاثة بغير حق فالواجب أن لا يكون له خيار فی هذا الحال و أما قبله أو بعده فلا وجه للالتزام به بلا اشكال ، فلا ينافی اعتبار ذلك مع ما فی المختلف من الاتفاق على ثبوته فی الحيوان .

نعم بقی هنا شیء و هو أنه لو اجتمع خيار التأخير مع خيار الحيوان

لزم تعدد السبب مع کون المسبب واحد فهذا لا محذور فیه کما فی تقریر شیخنا الاستاذ فراجع أقول : أما ما ذکره من أن مطلق الشروط الضمنیة و الصریحة لیس بواجب الوفاء فی العقد الخیاری و منها التسلیم والتسلّم .

فیرد علیه أن هذا انما یتم بناء علی کون دلیل اللزوم هو الامر بوجوب الوفاء علی العقد و کان المراد من ذلک هو ترتیب الأثر علیه و یکون المراد من وجوب الوفاء هو الحکم التکلیفی علی ما ذکره المصنف و علیه فیقال : أن ترتیب جمیع آثار العقد علیه انما یصح فیما اذا لم یکن العقد خیاریا و الاّ فلا یجب ذلک کما هو واضح ، و قد ذکرنا فی محله أن معنی الوفاء هو الانهاء و الوفاء بالعقد هو انهاؤه و اتمامه و حیث لا یناسب ذلک بالوجوب التکلیفی فیکون الأمر به ارشادا الی أنه لا ینحل و أنه لازم ، و ذکرنا ایضا أن من أدلة اللزوم ما دل علی حرمة التصرف فی مال الغیر بدون اذنه و أنه یحرم أکل مال الناس بغیر تجارة عن تراض ، و غیر ذلک فلا شبهة أنه اذا تحقق البیع و حصل النقل و الانتقال فیکون المبیع ملکا للمشتری والثمن ملکا للبایع فیحرم لکل منهما التصرف فی الآخر بدون اذنه لأن حرمة مال المسلم کحرمة دمه و أنه لا یجوز لکل أحد أن یتصرف فی مال غیره بدون اذنه و لا یفرق فی ذلک بین کون العقد خیاریا أم لا ، نعم من لا یرید أن یسلّم العوض فی المعاملة مع کونه ذی خیار فسخ المعاملة ثم لا یسلّم العوض کما هو واضح و أما ما ذکره من أن المصنف ذکر ذلک فی أحکام القبض فهو ممنوع لان ما ذکره فی القبض لا یمس بالمقام فانه مبنی علی أن من الشروط الضمنیة فی العقد أن یسلم کل من المتعاملین العوض من الآخر و مع تخلف أحدهما یجوز التخلف للاخر أیضا کما هو واضح ، وهذا غیر کون من له الخیار ، لا یجب علیه التسلیم کما هو واضح ،و أما ما ذکره من أنه لا ینافی خیار الحیوان لأن اللازم أن لا یکون أدء الثمن متأخرا من الجزء الذی یتم بها الثلاثة فلیس

بمتين و ذلك لأن مقتضى الظاهر من روايات الباب أنه يجب على المشترى أن يسلم الثمن الاّ أنه قد أمهل الشارع للمشترى فى ضمن الثلاثة بالنسبة الى ثبوت الخيار للبايع فبمجرّد انتهائه يثبت الخيار للبايع أو يبطل البيع كما هو واضح فلا يحتاج الى التأخير فى الآن الذى تم الثلاثة و بعبارة أخرى أن الروايات قد دلت على أن المشترى ان جاء بالثمن ما بين ثلاثة أيام فبها و الاّ فلا بيع فالظاهر من ذلك ان الثلاثة انما هى أيام النظرة بالنسبة الى ثبوت الخيار للبايع أو لعدم بطلان البيع كما هو واضح ، فلا ينافى ذلك بوجوب تسليم الثمن فى الثلاثة أيضا و أما ثبوت الخيار فليس مشروطا بالتأخير عن الجزء الذى يتم به الثلاثة بل فى نفس ذلك الجزء يثبت الخيار للبايع كما لا يخفى .

ثم انه قد يفصل بين ثبوت الخيار للبايع من جهة أخرى فيسقط معه هذا الخيار و بين ما كان الخيار للمشترى فلا وجه لسقوطه و قد أفاد فيه وجهين :—

الاول : أن خيار التأخير شرع لدفع ضرره و قد اندفع ضرره بغير خيار و أجاب عنه المصنف بان ضرر الثلاثة بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار فى الثلاثة و كأن المصنف فهم من كلام المفصل أنه اشترط عدم ثبوت الخيار للبايع بعد الثلاثة و لذا أجاب عنه بأن الضرر بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار فى الثلاثة و لكن الظاهر أن كلام المفصل ناظر الى اشتراط عدم ثبوت الخيار للبايع بعد الثلاثة و عليه فيندفع الضرر بغير خيار التأخير فيصح كلامه كما هو واضح فلا يرد عليه ما ذكره المصنف ، نعم يرد عليه أن هذا الوجه مبنى على كون مدرك هذا الخيار هو دليل نفى الضرر فانه ح يشترط فى ثبوته أن لا يثبت خيار آخر للبايع و أما اذا كان مدركه غيره فلا يتم ما ذكر المفصل .

الوجه الثانى : النصوص و الفتاوى تدل على لزوم البيع فى الثلاثة

فيختص هذا الخيار بغير صورة ثبوت الخيار له فان الظاهر من قولهم عليهم السلام ان جاء بالثمن ما بين الثلاثة و الا فله الخيار أن البيع لازم فى ضمن الثلاثة فاذا كان للبايع خيار فى ذلك لا يكون البيع لازما ، فلا يكون هذه الصورة مشمولة للأخبار كما هو واضح ،وعلى هذا فلا يكون هذا الخيار ثابتا فى مورد خيار الحيوان و أورد هذا المفصل على نفسه بأن التأخير للخيار و لا يتقيد الحكم بسببه ، يعنى أن الخيار هنا حكم ثابت للبايع و لا يكون مقيدا بسببه و هو التأخير بحيث يكون البيع لازما بانتفائه من هذه الجهة فقط، لا ينافى ثبوت خيار آخر للبايع كما هو واضح ،بل الثابت هو طبيعى الخيار الثابت للبايع كما هو واضح و الفرق بين هذا الوجه والوجه السابق أن الوجه السابق ليس ناظرا الى لزوم البيع فى الثلاثة بخلاف هذا الوجه و لكن يرد عليه أن الظاهر من الروايات أن المشترى اذا جاء بالثمن ما بين ثلاثة أيام فهو ،و الا فله الخيار،فالظاهر من ذلك أن الاتيان بالثمن فى الثلاثة يوجب نفى خيار التأخير،ولا ينافى ذلك ثبوت خيار آخر للبايع غير خيار التأخير،وليس هذا من قبيل تقيد الحكم بسببه ،بل الثابت هو طبيعى الخيار،و لكن يكون البيع لازما بانتفاء هذا الطبيعى من هذه الجهة فقط و لزوم البيع من هذه الجهة لا ينافى ثبوت خيار آخر للبايع من جهة آخر كما هو واضح ،ومن هنا لا ينافى هذا الخيار ثبوت خيار المجلس فانه مع أن لازم الوجه الثانى عدم ثبوت خيار المجلس أيضا فى ضمن الثلاثة .

قوله :و منها تعدد المتعاقدين أقول قد ذكر المصنف وجهين لاختصاص الخيار بصورة تعدد العاقد :

الاول : اختصاص النص الوارد فى المقام بصورة التعدد.

والثانى : أن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس وخيار المجلس باق مع اتحاد العاقد الا مع اسقاطه .

أما الاول : فلأنه لا شبهة فی أن الظاهر من النصوص الواردة فی المقام و ان کان هو تعدد المتعاملین و من بیده العقد أی المالکین أو من یکون نازلا منزلة المالك من الولی والوکیل المفوض ، و لکن لا ارتباط له بتعدد العاقد بوجه ، بل یمکن ذلك مع التحادة أیضا ، فانه بمنزلة الآلة فقط ، لیس له الا اجراء العقد کما هو واضح ، و بعبارة أخری أن المناط فی ذلك هو عدم الاقباض و القبض و لا اشکال فی تصوره من المالکین مع التحاد العاقد من قبلهما فأصل توهم اشتراط تعدد العاقد فی ثبوت خیار التأخیر لغو محض وغلط فاحش .

و أما الوجه الثانی : فقد ناقش فیه المصنف من حیث الصغری من أنه قد عرفت أنه غیر ثابت للوکیل فی مجرّد العقد ، و علی تقدیره فیمکن اسقاطه و اشتراط عدمه ، نعم لو کان العاقد ولیا بیده العوضان لم یتحقق الشرطان الا و لان أعنی عدم الاقباض و القبض و لیس ذلك من جهة اشتراط التعدد

و لکن الظاهر المناقشة فی الکبری أیضا بأنه لا دلیل علی کون خیار التأخیر بعد خیار المجلس غایة الامر أن خیار المجلس فی الأغلب یبقی الی ساعة و ساعتین أو أقل أو اکثر و لا یبقی الی الثلاثة أیام حتی یجتمع مع خیار التأخیر و لو بقی المجلس الی الثلاثة مع عدم تحقق القبض والاقباض لکان خیار المجلس مجتمع مع خیار التأخیر کما هو واضح .

قوله ومنها أن لا یکون المبیع حیوانا أقول من جملة الشروط لثبوت خیار التأخیر أن لا یکون المبیع جاریة ، بل حیوانا مطلقا فان المحکی عن الصدوق فی المقنع أنه اذا اشتری جاریة فقال أجیئك بالثمن ، فان جاء بالثمن فیما بینه و بین شهر ، و الا فلا بیع و ظاهر المختلف نسبة الخلاف الی الصدوق فی مطلق الحیوان ، ولکن الظاهر أن الصدوق التزم بذلك فی خصوص الجاریة فی انه ذکر فی الفقیه أن الخیار فی ما یفسده بیومه بعد یوم وفی غیره الی

ثلاثة أيام أن جاء بالثمن ما بين ذلك و الا فله الخيار تم ذكر خصوص الجارية و ذكر أن الخيار فيها بعد شهر و لم يذكر فى الفقيه أيضا الا ذلك فما حكى عن المختلف من نسبة ذلك الى الصدوق فى مطلق الحيوان لا نفهم له وجها ·

و كيف كان فذهب المشهور الى عدم الاشتراط بذلك الشرط و خالف فيه الصدوق استنادا الى رواية على بن يقطين و قد أشكل على الرواية بوجهين :

الاول : من حيث السند فانه حكى عن العلامة فى المختلف أن الرواية ضعيفة و لكن لا نفهم لضعف الرواية وجها و قد اعترف باعتبارها صاحب الحدائق و صاحب الجواهر و قد عرفت أنه ذهب الصدوق (ره) الى ثبوت الخيار للبايع فى الجارية بعد شهر، و قد ضعف العلامة عن هذه الرواية و لكن لا ندرى أن وجه تضعيف العلامة أى شيء فان بنا روايتان احداهما رواها الصدوق عن ابن فضال عن على بن رباط عن زرارة أو عمن رواه كما فى الوسائل أو عمن رواه كما فى الوافى ، و هذه الرواية على تقدير عدم الارسال فهى ضعيفة لعلى بن رباط و الرواية الثانية قد رواها فى التذهيب ، عن محمد بن أحمد عن يحيى عن أبى أسحق عن ابن أبى عمير عن محمد بن أبى حمزة عن على بن يقطين فهذه الرواية معتبرة أما غير أبى اسحق فواضح، وأما أبى اسحق وهو أن كان مشتركا بين اشخاص عديدة ضعاف و ثقات، ولكن الاشهر هو ابراهيم بن هاشم على أنه ينقل عن أبن أبى عمير و ينقل عنه محمد بن احمد بن يحيى و غيرهم اكثرهم من اصحاب الصادق والباقر (عليهم السلام) و من هو من اصحاب الهادى (ع) لم ينقل عنهم محمد بن احمد و أما ابراهيم بن مهزيار فلم ينقل عن ابن ابى عمير، على أنه أيضا معتبر فراجع كتب الرجال ·

الثانى : اعراض المشهور عن العمل بها فانهم لم يعملوا بها ، بل لا

ينسب العمل بها الاّ الى الصدوق ولا شبهة ان اعراضهم عن العمل بالرواية يوجب وهنها و لعل مراد العلامة من الضعف هو ذلك فانه لم يقيد الضعف بكونه فى السند بل ذكر أن الرواية ضعيفة و لا شبهة أن اعراض المشهور عند هم يوجب الوهن فتكون الرواية ضعيفة بالعرض لا بالذات.

و يرد عليه أولا الاشكال فى الصغرى حيث لم يعلم اعراض المشهور عن هذه الرواية بل يحتمل ان يكون عدم عملهم بها من جهة أنهم حملوها على بعض الوجوه بأن تكون محمولة على صورة اشتراط المجئ بالثمن الى شهر، اذ كلامنا فى صورة عدم اقباض المبيع كما تقدم و ليس فى هذه الرواية عدم اقباض الجارية حتى لا يمكن رفع اليد من ظاهرها و اذن فلا بأس من حملها على صورة اشتراط تأخير الثمن الى شهر فى ضمن العقد ،و الأفله الخيار أو يمكن أن يكون عدم عملهم بها من جهة حملها على استحباب الصبر بعد ثلاثة أيام الى شهر و على هذا فلم يثبت اعراض المشهور عنها ليكون موجبا للضعف كما هو واضح .

و ثانيا :الاشكال فى الكبرى و هو أن اعراض المشهور عن الرواية لا يوجب وهنها كما أن عملهم بها لا يوجب الاعتبار ،و قد تقدم ذلك مرارا و قد نقحناه فى علم الأصول و على هذا فلا وجه لرفع اليد عن هذه الرواية و قد حملها المصنف على الوجهين المتقدمين ولكنهما بعيد خصوصا الحمل على الاستحباب ،فلابدّ ح من العمل بها فى خصوص الجارية كما عمل بها الصدوق(ره) فظاهرها ثبوت الخيار للبايع فى بيع الجارية بعد شهر سواء اقبضها من المشترى أم لا لاطلاقها و لا وجه لتقييدها بصورة الاقباض .

و على الجملة فحيث ان النص وارد فى خصوص الجارية فيكون اخص من الرواية المتقدمة فتكون مقيدة لها و قد يتوهم أن النسبة بينها و بين الروايات المتقدمة هى العموم من وجه حيث ان هذه الرواية أخص من حيث

الموضوع و هو الجارية و الروايات المتقدمة أعم من الجارية و غيرها وان هذه الرواية أعم من حيث اقباض المبيع و الروايات المتقدمة ناظرة الى خصوص اقباض المبيع و يقع التعارض فى مورد الاجتماع و هو صورة الاقباض فان هذه الروايه تدل على ثبوت الخيار بعد الشهر والروايات المتقدمة تدل على ثبوت الخيار بعد الثلاثة أيام وحينئذ فيحكم بالتساقط، ولكن الظاهر ان هذا التوهم فاسد ٠

أولا :أن النسبة بينها و بين الروايات المتقدمة انما تلاحظ من حيث الموضوع و لا شبهة أن هذه الرواية أخص من حيث الموضوع من الروايات المتقدمة ٠

و ثانيا :على تقدير لحاظ النسبة بينهما من حيث الموضوع والحكم معا أنه لا يمكن الحكم بالتساقط فى مادة الاجتماع اذ من البعيد جدا أن يكون الخيار فى صورة الاقباض بعد شهر، و فى صورة عدم الاقباض أن لا يكون للبايع خيار أصلا ، و اذن فلابدّ من ترجح هذه الرواية على فرض المعارضة و هذا واضح جدا ٠

ثم ان الظاهر من قولهم عليهم السلام فان جاء بالثمن ما بين ثلثة أيام و الاّ فله الخيار ، أى للبايع أن مبدء الثلاثة من حين العقد و توهم أنه من حين التفرق بحيث تكون مدة الغيبة ثلاثة أيام خلاف الظاهر من الرواية ٠

فى مسقطات خيار التأخير

مسئلة : يسقط هذا الخيار بأمور، أقول الاول اسقاطه بعد الثلاثة ، و هذا لا شبهة فيه ، بل لا خلاف فيه أيضا اذ لا محذور فيه بوجه أصلا، وأما سقوطه بالاسقاط فى الثلاثة فأشكل فيه المصنف من أن مدركه دليل نفى الضرر وهو

حاصل بعد الثلاثة فلا سبب له قبلها و من أن العقد سبب الخيار فيكفى وجوده في اسقاطه بوجود المقتضي ،والامر أشكل فيما اذا اشترط سقوطه فى ضمن العقد و وجه الأشكلية أن المقتضى الذى هو العقد كان موجودا فى اسقاطه بعد العقد و قبل الثلاثة و لكنه منفى هنا لعدم تمامية العقد بعد كما هو المفروض و أيضا ذكر المصنف أن السقوط لعله من جهة عموم أدلة الشروط و يشكل على عدم جواز اسقاطه فى الثلاثة بناء على أن السبب فى هذا الخيار، هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد ،فان الشرط انما يسقط به ما يقبل الاسقاط بدون الشرط، و لا يوجب شرعية سقوط مالا يشرع اسقاطه بدون شرط و عليه فان كان هنا اجماع على السقوط بالشرط فهو و الا فللنظر فيه مجال واسع لعدم شمول أدلة الشروط لمثل هذا الشرط كما هو واضح ٠

و قد يقال بجواز شرط النتيجه بأن يشترط السقوط بعد الثلاثة ٠

و فيه ان كان المراد هو اشتراط السقوط بعد الثلاثة بلاسبب و هو بديهى البطلان اذ لا موجب لسقوطه بلا سبب ٠

و ان كان المراد من سقوطه بعدها بالاسقاط قبل الثلاثة بحيث ينشىء من الآن سقوطه بعد الثلاثة فيعود المحذور، فانه من قبيل اسقاط من لم يجب ٠

أقول : قد ذكر المصنف فى خيار المجلس جواز الاسقاط فى مثل هذه الموارد من جهة وجود المقتضى و قد ذكرنا أن عدم جواز اسقاط مالم يجب ليس مدلولا لدليل لفظى بل انما هو من جهة الاجماع على بطلان التعليق فى العقود و الا فلا استحالة عقلية هنا ،بل لا يرى العقل محذورا فى انشاء الطلاق قبل التزويج و انشاء البيع قبل الشراء ،و انما نحكم ببطلان أمثال ذلك من جهة الاجماع و لا شبهة أن جواز اسقاط ما لم يجب أمر معروف

بين الفقهاء فلا يكون داخلا فى معقد الاجماع فيكون ذلك مشمولا لأدلة الشروط كما هو واضح ·

و قد ذكر شيخنا الاستاذ أن للبايع حق المطالبة حتى فى ضمن الثلاثة فله أن يسقط حق المطالبة و لا يكون الاسقاط حينئذ اسقاطا لما يجب و فيه أن هذا عجيب من شيخنا الاستاذ حيث ان حق المطالبة أمر اجنبى عن الخيار، و لا شبهة فى ثبوت ذلك الحق فى زمان الخيار و قبله و بعده فاسقاط أحدهما غير مربوط باسقاط الآخر كما هو واضح على أن حق المطالبة من الاحكام فلا يقبل الاسقاط·

الثانى : اشتراط سقوطه فى متن العقد حكى عن الدروس و جامع المقاصد وتعليق الارشاد و لعله لعموم ادلّة الشروط قد مرّ جواب عن ذلك·

الثالث: من المسقطات بذل المشترى للثمن و قد ذكره العلامة فى التذكرة استصحابا لوجوده و ذكر المصنف أن هذا حسن لو استند فى الخيار الى الاخبار و اما اذا استند الى قاعدة الضرر فان الضرر الوارد على البيع يتدارك ببذل الثمن فلا يبقى مجال للخيار ليتدارك به الضرر ثم ذكر أنه لا يبعد دعوى انصراف الأخبار الى صورة التضرر أيضا ، و عليه فما ذكره فى التذكرة متين جدّا ·

أقول : أما الوجه الاول فهو متين فانه بناء على كون مدرك خيار التأخير هو قاعدة نفى الضرر فلا شبهة فى أنه يرتفع بأداء الثمن ، و لكن قد عرفت سابقا أن مدركه ليس دليل نفى الضرر، و الا لأمكن رفعه بغير الخيار ايضا و أما الوجه الثالث و هو صورة بذل المشترى فلا وجه له لأن مقتضى الأخبار أنه اذا جاء بالثمن ما بين الثلاثة و الا فله الخيار و هو مطلق بالنسبة الى صورة بذل الثمن و غيرها و دعوى الانصراف الى صورة عدم بذل الثمن بلا وجه ·

قوله الرابع : أخذ الثمن من المشترى ·

أقول : بناء على سقوط الخيار ببذل الثمن فلا موضوع لهذا البحث حيث انه بمجرد البذل يسقط الخيار فلا تصل النوبة الى الأخذ كما هو واضح ·

و أما بناء على عدم سقوطه بالبذل فهل يسقط ذلك بالأخذ أم لا فنقول انه بناء على السقوط و كون الاخذ موجبا له و كاشفا عنه ، فليس ذلك أمرا مستقلا ، بل مرجعه الى المسقط الاول و هو الاسقاط فانه أعم من الاسقاط الفعلى أو القولى كما هو واضح ·

نعم ينبغى ان يبحث بعنوان التنبيه بانه هل يشترط افادة العلم بكون الاخذ لأجل الالتزام بالبيع أو يكفى الظن بذلك و أن البايع راضى به فانه أمارة عرفية على الالتزام كالقول أو لا يعتبر الظن أيضا فى ذلك وجوه فذكر المصنف أن خيرها أوسطها لكن الاقوى الأخير و لكن لم نفهم معنى هذه العبارة فان الخير ما كان أقوى و بالعكس فلا معنى لكون الوسط خيرا و الاقوى هو الأخير و كيف كان قد ذكرنا فى خيار الحيوان أن اقوى الوجوه هو العلم بالرضا و الاّ فلا موجب لسقوط أما الوجه الاوسط أعنى اعتبار الظن على كون الأخذ كاشفا عن الرضا ، فلا دليل عليه ، لان الظن لا يغنى من الحق شيئا و أما الوجه الأخير و هو الاكتفاء بمطلق الأخذ و كونه كاشفا عن الرضاء بالعقد فايضا لا دليل عليه ، فانه يمكن أن لا يكون الاخذ بعنوان الثمنية كما اذا كان ذلك عن غفلة و جهل ، فانه لا كاشفية له حينئذ عن الرضا بالعقد ، بل مع العلم بكونه بعنوان الثمنية ايضا فان الثمن مال للبايع فيمكن أن يأخذه و مع ذلك يبقى خياره على حاله و لا يكون الأخذ بعنوان الرضا بالعقد و يأخذ الثمن و يتصرف فيه تصرفا لا يوجب السقوط ثم يفسخ بل يجوز ذلك مع التصريح بأن الأخذ ليس بعنوان الرضا بالعقد ·

و بعبارة اخرى أن الكاشفية النوعية انما هى فى باب حجية الظواهر حيث ان الالفاظ تدل على المعانى التى وضعت عليها الألفاظ بحسب الكاشفية النوعية العقلائية و ظاهرة فى ذلك لا من جهة التعبد ببناء العقلاء بل من جهة تعهد الواضح على أنه متى أطلق اللفظ الفلانى فقد أراد المعنى الفلانى و يكون ذلك التعهد سببا لكون الظواهر كواشف عن المداليل و كونها مرادة للمتكلم و أما فى المقام فلم يتعهد البايع بأنى متى أخذ الثمن فرضيت بالمعاملة ليكون الأخذ كاشفا نوعيا عن الرضا بالعقد كما هو واضح ، و عليه فلا كاشفية للأخذ عن ذلك ، و اذا فلابدّ من الاقتصار بالعلم أو الظن الاطمئنانى بأن تقوم القرينة على الكاشفية وحصل القطع فلا أقل من الاطمئنان على ذلك الذى هو حجة عقلائية و من هنا ظهر أن مطالبة البايع الثمن أيضا يكشف عن رضائه بالعقد فان المطالبة أعم من الاخذ وقد ذكرنا أن الأخذ أعم من الرضا بالعقد وعدمه فكيف تكون المطالبة كاشفة عن الرضا كما هو واضح ، نعم قد ذكرنا فى خيار الحيوان سقوط الخيار بمثل اللمس والتقبيل و ركوب الدابة و لكن ذلك من جهة النص الخاص لا من جهة كاشفية أى تصرف من الرضا بالعقد كما هو واضح ، بل من جهة النص الخاص الوارد فى خيار الحيوان .

مسئلة فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى ، أقول وقع الكلام فى أن خيار التأخير فورى أم لا ، تحقيق الكلام هنا فى مقامين :ــ

الاول : بحسب الأصول العملية .

و الثانى : من حيث الروايات .

أما الاول : فقد استوفينا الكلام فيه فى خيار الغبن و قلنا ان الاستصحاب اى استصحاب الخيار لا يجرى فى المقام ، بل لا بدّ من التمسك بالعموم و عليه فلابدّ من الاقتصار بالمتيقن ففى الزائد عن ذلك نرجع الى

العمومات الدالة على لزوم البيع و لا يضر عدم امكان التمسك بأوفوا بالعقود فيرجع الى الأدلة الاخرى مما دل على حرمة التصرف فى مال الغير بدون اذنه و حرمة تملكه الا بالتجاره عن تراض و من الواضح أن الفسخ فى الآن الثانى الذى نشك فى ثبوت الخيار اكل لمال الغير بدون اذنه فلا يكون مؤثرا فراجع الى خيار الغبن، فقد تقدم تفصيل الكلام هناك.

و بعبارة أخرى أنه و ان لم يجز التمسك بعموم أوفوا بالعقود على ما تقدم فى خيار الغبن من الانحلال و عدمه فراجع الا أن فى العمومات الاخر الدالة على اللزوم غنى و كفاية فينقطع التمسك بالاستصحاب أى استصحاب حكم الخيار فالنتيجة هى فورية الخيار و على القول بكون دليل الخيار هو نفى الضرر فكون الخيار فوريا أوضح لاندفاع الضرر به.

و أما المقام الثانى : فالروايات الواردة فى المقام بناء على دلالتها على ثبوت خيار التأخير بعد الثلاثة أيام لا على البطلان مطلقا بالنسبة الى الآن الاول و الآن الثانى، فمقتضى التمسك بها هو ثبوت الخيار للبايع على وجه الاطلاق بعد الثلاثة و على القول بفورية الخيار فى خيار الغبن كما هو كذلك، فلابدّ من الالتزام بعدم الفورية فى المقام لخصوص هذه الروايات فتكون مخصصّة للعمومات، كما لا يخفى و كأن هذا العقد يصير جائزا بالعرض بعد الثلاثة غاية الامر أن الجواز فى الهبة حكمى وفى المقام حقى فللبايع اسقاط حقه أى خياره و نعم ما ذكره المصنف من هذه الرواية بعد عدم امكان نفى الحقيقة فيها ناظرة الى نفى اللزوم الى الابد و لا يرد عليه ما ذكره الاستاذ من الالتزام بأجمال النص فان ذلك خلاف الظاهر من الرواية.

قوله مسئلة : لو تلف المبيع بعد الثلاثة كان من البايع، أقول : ذهب الفقهاء الى أن التلف قبل القبض من مال البايع و انما الكلام من مدرك

هذا الحکم و یقع الکلام فی مقامین :

الاول : أن یکون التلف بعد الثلاثة ٠

الثانی : أن یکون ذلک قبل الثلاثة ٠

أما الاول :فقد استدل بوجوه :ـ

الاول : الاجماع و فیه أنه علی تقدیر تحققه فالمظنون أن مدرکها النبوی الذی سنذکره ، فلا یکون اجماع تعبدی ٠

الثانی : النبوی المعروف کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه و فیه أن هذا النبوی و ان کان مشهورا و لکنه لم یذکر الا فی کتب العامة و علیه فلا یمکن الالتزام بانجبار ضعفه صغری و کبری أما من حیث الصغری فلأنه لم یذکر فی کتب الأصحاب بعنوان الاستدلال به علی ذلک اذ لم یکن لهم کتاب استدلال حتی یستدلوا فیه به و انما ذکروا فتاواهم بغیر تعلیل و علیه فلا ندری أن استنادهم بذلک حتی یوجب ذلک انجبار ضعف النبوی و أما من حیث الکبری فقد عرفت مرارا أن عمل المشهور لا یوجب الانجبار لضعف الروایة کما لا یوجب اعراضهم و هن الروایة الصحیحة ٠

الثالث : روایة عقبة بن خالد (١) فی رجل اشتری متاعا من رجل وأوجبة غیر أنه ترک المتاع عنده و لم یقبضه ، قال : آتیک غدا انشاء الله ، فسرق المتاع من مال من یکون ،قال : من مال صاحب المتاع الذی هو فی بیته حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته ، فاذا أخرجه من بیته فالمبتاع ضامن لحقّه حتی یردّ ماله الیه ٠

و فیه أن هذه الروایة لا یکون دلیلا لهذا الحکم لانها ضعیفة السند و لا یکون منجبرا بعمل المشهور أیضا حتی بناء علی تسلیم ذلک الکبری فانه

---

(١) وسائل ـ ج ١٢ ، ص ٣٥٨ ، باب ١٠ ، ح ١ ٠

لم يعمل احد بمضمونها فانها تدل على كون الضمان على البايع مالم يقبض خارجا و لم يخرج عن بيته و من واضح أن الاكثر التزم بكفاية التخلية بين المشترى و المبيع فى القبض و لا يجب الاقباض الخارجى ، أما الاخراج من البيت فلم يقل به أحد و كونه معتبرا فى القبض على خلاف الضرورة بل يمكن أن يقبض المشترى المال و يجعل عند البايع أمانة كما هو واضح ٠

و على الجملة فلا دليل على أن التلف مبيع قبل القبض من مال البايع نعم يمكن الالتزام بذلك بحسب الارتكاز العقلائى فان بناء العقلاء قائم على أن التلف قبل القبض يحسب على البايع اذ الأخذ و الاعطاء من متممات البيع و عليه فمع تلف المبيع لا يبقى مجال للبيع بل ينفسخ من أصله اذ البيع مبادلة مال بمال فمع تلف المبيع أى شيء يعطى البايع للمشترى ومع انتفاء القبض فلا اعطاء حتى يطالب بدله أى الثمن والظاهر أنه لم يلتزم أحد بأنه اذا باع أحد عباءة من شخص و تلفت بعد ساعة و قبل القبض أن له حق مطالبة الثمن عن المشترى مع أنه لا يعطى شيئا ، ففى الحقيقة أن البيع انما هو مشروط بشرط متأخر و هو اعطاء المبيع و اقباضه أو أنه موقت أى يحكم بصحته مادام المبيع لم يتلف قبل القبض واذا تلف فدركه على البايع وكيف كان فلا ثمرة فى بيان ان ما نحن فيه من قبيل المشروط بالشروط المتأخر أو من قبيل كون البيع موقتا و معنى كون ضمانه عليه أنه ينفسخ العقد بلا أنه يجب على البايع اعطاء بدله كما هو كذلك فى الغاصب و هذا الذى ذكرناه غير مربوط بصورة عدم تسليم المبيع قهرا على المشترى و غصبا عليه فانه يجبر على الاقباض و لا يحكم بالانفساخ بذلك بل ما ذكرناه فى فرض عدم التمكن من التسليم تكوينا كما فى صورة التلف ٠

و كيف كان أن معنى البيع هو الأخذ و الاعطاء و مع تلف المبيع قبل تسليمه الى المشترى يوجب انعدام مفهوم البيع و يكون ضمانه على البايع و

ان كان المال من المشترى و لكن ضمانه بحسب الارتكاز على البايع فانه مشاهد صدق على انفساخ البيع.

لا يتوهم أنه اذا انفسخ البيع كان التلف فى ملك البايع فلا يكون تخصيصا لقاعدة الخراج بالضمان بل تخصصا.

فانه يقال: انه انما يدخل فى ملكه فى آن قبل التلف و التخصيص باعتبار أنه لو كان له نماء فى آن قبل التلف لكان للمشترى دون البايع فافهم

و الذى يمكن أن ينافى هذه القاعدة الارتكازية أمران:ــ

الاول: قاعدة الخراج مع الضمان فانها و ان ذكرت فى روايات العامة و التزم بها ابو حنيفة و لكنها قاعدة مسلّمة و ليست مختصة بالعامة بل هى أيضا قاعدة ارتكازية فان العقلاء حاكمون على أن ضمان المال لمن كانت المنافع له و حيث ان المنافع للمالك فيكون ضمانه أيضا عليه بل ذكرت هذه القاعده فى بعض الروايات أيضا، حيث تقدم فى خيار الحيوان فى بعض الروايات أنه سأل السائل عن التلف بانه ممّن يكون قال الامام عليه السلام اللّه أرأيت أنه اذ كان له نماء فهو لمن قال للمالك، فقال عليه السلام اللّه فضمانه أيضا له على ما هو مضمون، الرواية و على هذه القاعدة فلابدّ و ان يكون التلف من المشترى لكونه مالكا و منفعة المال على تقدير وجودها له فيكون ضمانه أيضا عليه.

الثانى: القاعدة المعروفة أن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له فانه لا شبهة أن الخيار بعد الثلاثة للبايع فمقتضى هذه القاعدة أن يكون التلف من المشترى لعدم وجود الخيار.

و على الجملة مقتضى هاتين القاعدتين أن التلف انما يكون من المشترى فتكون ان متنافيتين لمقتضى القاعدة المتقدمة من أن التلف من البايع.

أما القاعدة الاولى: فهى أعم من تلك القاعدة الارتكازية لانها واردة

فی موردها حیث ان مقتضی الارتکاز علی کون التلف و الضمان ممن له المنافع الا أنه ثبت الارتکاز العقلائی فی موارد البیع علی کون التلف قبل القبض من البایع و ان کان المال لشخص آخر فتکون هذه القاعدة الارتکازیه مانعة عن تحقق تلک القاعدة فی جمیع الموارد ، بل تکون لأعمتیها مخصصّة بذلک کما هو واضح ۰

و بعبارة أخری أن قاعدة الخراج بالضمان مقتضی لکون التلف من المالک و قاعدة کل مبیع تلف قبل القبض فهو من مال البایع مانع عن کون الضمان للمالک فلا منافات بین المقتضی و المانع و لا بعد فی کون ضمان مال أحد علی شخص آخر کما فی الغاصب فانه اذا غصب مال شخص فتلف عنده فان ضمانه علی الغاصب ۰

نعم الضمان فی باب الغصب انما هو بالمثل أو القیمة فانه اذا تلف المال تحت ید الغاصب فیکون ضامنا ببدله فیجب علیه اما أداء المثل أو القیمة ۰

و أما الضمان هنا انما هو کون المبیع تالفا من کیس البایع بحیث لا یجوز له مطالبة الثمن من المشتری فیحکم حینئذ بانفساخ العقد لا أنه یجب علیه أن یعطی بدل المبیع کما هو واضح ۰

و أما القاعدة الثانیة أعنی الحکم بکون التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له ، فلا دلیل علیها حتی بمثل النبوی و نحوه ، فان قاعدة کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال البایع قد ذکر لها دلیل من النبوی و نحوه و لکن هذه القاعدة لا دلیل علیها أصلا غیر أنها مورد التسالم و الاجماع نعم ثبت ذلک فی خیار المجلس و الحیوان و الشرط و أما فی غیرها فلا دلیل علیه فیحکم بعدم ذلک فضلا عن یکون منافیا لما ذکرناه من الارتکاز ، و فی الموارد التی ثبت ذلک یکون تخصیصا لما ذکرناه ۰

و حاصل الكلام أن التلف قد یکون بعد الثلاثة و قد یکون قبل الثلاثة أما اذا کان بعد الثلاثة فهو من مال البایع لا من جهة الرواية كما تقدم بل من جهة القاعدة العرفیة الارتکازیة علی أن التلف قبل القبض من مال البايع فان حقيقة البيع قائمة بالاخذ والاعطاء و من الواضح أنه اذا تلف المبيع تنعدم تلك الحقيقة و تنهدم و لا يبقى ذلك المفهوم لعدم بقاء الأخذ و الاعطاء حينئذ و لا ینافی ذلك الا أمران، أحدهما دعوى الملازمة بين كون منفعة الملك لمالكه و بين كون دركه عليه المعبر عنها بقاعدة الخراج بالضمان و قد ثبت هذه القاعدة بالنص و الاجماع عندنا وكذلك عند العامة و كذلك حكم بها العرف أيضا ٠

الثانی : قاعدة ان التلف فی زمن الخيار ممن لا خيار له أما القاعدة الاولى فلا تنافی لما ذكرناه من القاعدة على كون الضمان قبل القبض على البايع لأن ما ذكرناه وارد في مورد تلك القاعدة و مانع عنها فتكون مخصصة لها باعتبار أنه لو كان لهذا المال نماء قبل أن التلف كان للمشتری وكان لازم ذلك أن يكون دركه أيضا عليه لكونه مالكا و لكن الارتكاز خصصها وأثبت الضمان للبايع و حينئذ لا یکون الارتكاز من العقلاء على كون الضمان للمشتری المالك لكون الارتكاز الثانی الذی ذكرنا على كون الضمان للبايع مانعا عنه و قرينة على عدمه هنا ٠

و أما قاعدة كون التلف فی زمان الخيار ممن لا خيار له فلا دليل عليه حتى يتمسك باطلاقه فی جميع الموارد ،بل انما ثبت فی خیار الحیوان و الشرط والحق بهما خيار المجلس و أما فی غیر هذه الموارد فلا ، كما هو واضح ٠

و أما اذا كان التلف فی ضمن الثلاثة و قبل القبض ، فالمنسوب الى المفيد و السيدين هو كونه من المشترى و لكن الظاهر أنه أيضا من البايع

بل كونه من البايع هنا أولى من كونه له فيما اذا كان التلف بعد الثلاثة و قبل القبض فانه يمكن ان يقال فيما اذا كان بعد الثلاثة و قبل القبض ان التلف من المشترى و لوبوجه غير وجيه بان يقال أن التلف بعد الثلاثة انما هو فى زمن الخيار والتلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له و اذا تعارض فى مورد مع القاعدة الارتكازية بان التلف قبل القبض من مال البايع تعارض العموم و الخصوص من وجه حكم بالتساقط فيرجع الى القاعدة الاولية من أن تلف كل مال على مالكه ٠

و على الجملة أن كون التلف من المشترى بعد الثلاثة و قبل القبض له وجه وان كان هذا الوجه غير تمام لعدم الدليل على كون التلف فى زمن الخيار من البايع و لكن لا وجه لكون التلف هنا من المشترى أصلا اذ ليس هنا زمان خيار ليتحمل كون التلف من المشترى من جهة عدم ثبوت الخيار هنا للبايع ،لان البيع هنا لازم على الفرض و القاعدة المسلمة ان التلف قبل القبض من البايع لا دافع عنها و توهم أن المالك للمبيع هو المشترى فمقتضى الملازمة بين النماء و الدرك هو كون التلف من المشترى قبل الثلاثة و لكن قد عرفت فيما سبق أن قاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه واردة فى تلك القاعدة فلابدّ من كون الدرك على البايع لكون التلف قبل القبض ٠

و على الجملة لا نعرف وجها اصلا لكون التلف قبل الثلاثة وقبل القبض من المشترى و ما نسب الى المفيد و السيد ان لم نحققه و لعل النسبة غير صحيحة و على تقدير الصحة لعلها ناشئة من غلط النسخة و الا فلا يحتمل أن يقول مثل المفيد و السيدان ، بكون التلف من المشترى مع كون القاعدة المسلمة و هى ان التلف قبل القبض من مال البايع على أنه لو كان نظرهم فى كون التلف قبل الثلاثة من البايع على قاعدة الخراج بالضمان فلماذا لم

يلتزموا بذلك بعد الثلاثة بل كان الالتزام به هناك اولى ·

ثم ان للشيخ الطوسى هنا عبارة قد تعرض بها المصنف و لا بأس بالتعرض لها و توجيهها على نحو يليق بمقام الشيخ حكى العلامة في المختلف عن الشيخ أنه قال فى النهاية : اذا باع الانسان شيئا ولم يقبض المتاع و لا قبض الثمن و مضى المبتاع فان العقد موقوف ثلاثة أيام فان جاء المبتاع فى مدّة ثلاثة أيام كان المبيع له ، و ان مضت ثلاثة ايام كان البايع اولى بالمتاع فان هلك المتاع فى هذه الثلاثة ايام و لم يكن قبضه اياه كان من مال البايع دون المبتاع وان كان قبضه ايّاه ثمّ هلك فى مدة الثلاثة أيام كان من مال المبتاع و ان هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البايع على كل حال ، لان الخيار له بعدها ، انتهى المحكى فى المختلف ·

و قد وقع الكلام فى كلام الشيخ و أن هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البايع على كلّ حال ،فانه كالصريح فى شموله لما بعد القبض أيضا مع أنه اذا كان القبض متحققا لا يكون التلف من البايع و لذا تنظر العلامة فى ذلك بعد ما نقلها فى المختلف و قال :و فيه نظر اذ مع القبض يلزم البيع و ذكر صاحب الحدائق أن مراد الشيخ من هذه العبارة هو صورة الخيار و ان كانت عبارته غير ظاهرة فيه ،و كثيرا غير الشيخ بعبارة ظاهرة فى غير مراده و تعميم العلامة الى صورة اللزوم أيضا بلا وجه و اختار المصنف أيضا هذا الوجه و ذكر أن العلامة جعل الفقرة الثالثة و هى قوله و ان هلك بعد الثلاثة أيام الخ ، مقابلة للفقرتين فيشمل الحكم ما بعد القبض أيضا خصوصا مع قوله على كل حال لكن التعميم مع أنه خلاف الاجماع مناف لتعليل الحكم بعد ذلك بقوله لأن الخيار له بعد الثلاثة أيام فان من المعلوم أن الخيار انما يكون له مع عدم القبض فيدل ذلك على أن الحكم المعلل مفروض فيما قبل القبض فلا يشمل لما بعد القبض كما زعمه العلامة ·

و الظاهر أن عبارة الشيخ و نظر العلامة و اشكال صاحب الحدائق و المصنف على العلامة و توجيههما عبارة الشيخ لا يظهر لنا وجه ذلك كله فان التعليل الذى ذكره الشيخ بقوله لان الخيار له بعد قوله كان من البايع على كل حال صريح فى أن البايع له الخيار كما ذكره المصنف و أخذه قريبة (قرينة) على عدم ارادة الشيخ صورة اللزوم و بذلك أشكل على العلامة و ح فمقتضى ذلك التعليل أن يكون التلف من المشترى لأنه ممّن لا خيار له و كأن المصنف و صاحب الحدائق غفلا من هذه الجهة و أن مقتضى كون الخيار للبايع هو كون الضمان على المشترى.

وعلى الجملة انا وان قلنا ان قاعدة التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له لا دليل عليها و لكن الشيخ و غيره تسلموا ذلك وعلل كلامه بها وعليه فمقتضى هذا التعليل أن يكون التلف على البايع فلا يمكن تصديق كلام صاحب الحدائق و المصنف و لا كلام العلامة أيضا فان قول الشيخ على كل حال و ان كان كالصريح فى شمول الحكم لصورة اللزوم أيضا و لكن تعليله كالصريح أيضا فى عدم ارادة صورة اللزوم كما لا يخفى و يمكن أن يوجه كلام الشيخ بأن النسخة فيه غلط و انما أبدلت كلمة المبتاع الذى هو المشترى بكلمة البايع اشتباها و قد استعملت كلمة المبتاع فى كلامه فى المشترى كثيرا و تعليله كون التلف من المشترى على كل حال من جهة أن القبض بعد الثلاثة و القبض بعد الثلاثة لا يوجب سقوط خيار البايع و ح فيكون التلف فى زمان خيار البايع و التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له فكأن الشيخ تعمل بهذه القاعدة أو أن غرضه من التعليل هو التعليل على أحد طرفى الحكم و هو صورة عدم القبض و أما صورة القبض فحكمها واضح من جهة أن التلف بعد القبض من مال المشترى و هذا الثانى البصق بكلام الشيخ فانه بعد ما قسم التلف قبل الثلاثة الى قسمين أن يكون قبل القبض أو بعده و حكم على كل

واحد بحكم ثم تعرض لحكم التلف بعد الثلاثة فسياق الكلام يقتضى ثم لو مكن البايع المشترى من القبض فلم يقبض المشترى المبيع و لم يتسلمه تم تلف عند البايع فهل يكون ضمانه على البايع أو على المشترى؟ فذكر المصنف أنه لو كان الضمان المترتب على عدم القبض مرتفعا بهذا المقدار من القبض أى التخلية بين المبيع و المشترى كان الضمان على المشترى و الا كان الضمان على البايع ثم ذكر أن ارتفاع الضمان بذلك هو الأقوى ٠

والذى ينبغى أن يقال انه ان كان مدرك القول بان التلف قبل القبض من مال البايع هو النبوى أو رواية عقبة بن خالد (١) فلا شبهة فى كون التلف من البايع فان معنى القبض المذكور فيهما هو الاخذ الخارجى ولا يصدق ذلك على مجرّد التخلية بين المالك و المال ، بل اعتبر فى رواية عقبة بن خالد أن يخرج البايع المتاع من بيته و الا فيكون ضمانه عليه ، ولكن قد عرفت أن كلتا الروايتين ضعيفتا السند وغير منجبرة بشيء خصوصا الرواية الثانية لعدم عمل أحد على مضمونها كما لا يخفى و ان كان مدرك الحكم المذكور هو الارتكاز العرفى و بناء العقلاء ، و لا شبهة فى حصول القبض بمجّرد التخلية و تمكين المشترى من القبض فانه لا يشك أحد فى أنه اذا باع أحد متاعا و مكن المشترى من القبض فلم يقبض حتى تلف يكون التلف من المشترى مثلا ، اذ اشترى أحد شيئا و قال البايع خذ متاعك و قال المشترى يبقى عندك أجيئك بعد ساعة فمضى المشترى و احترق المتاع و هل يتوهم أن ضمان فى مثل ذلك على البايع وعلى هذا فما ذكره المصنف هو الاقوى على أنه ليس من المتعارف فى التجارج اقباض المبيع من المشترى خارجا ٠

قوله مسئلة : لو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء بالثمن ما بينه وبين

---

(١) وسائل ــ ج ١٢ ، ص ٣٥٨ ، باب ١٠ ، حد ١ ٠

اللّيل و الاّ فلا بيع له ، أقول : ذهب المشهور الى أنه لو اشترى أحد متاعا يفسد من يومه و لم يقبضه و لم يقبض الثمن ، فان جاء الثمن ما بين الثلاثة و الاّ فلا بيع له و للبايع الخيار ، وتحقيق فى مدرك ذلك فقد استدل عليه بمرسلة محمد بن أبى حمزة(۱) و هى من حيث السند مرسلة و لكن الظاهر أن المشهور استندوا اليها فى فتياهم بكون البايع على خيار فى هذه المسئلة وعليه فلا تجرى فيها المناقشة الضرورية من احتمال استنادهم الى غيرها نعم يبقى الاشكال فيها من حيث الكبرى حيث قلنا ان الشهرة لا توجب جبر ضعف الرواية كما لا يخفى ٠

ثم أن فى الوسائل نقل عن الصدوق عن ابن فضّال عن الحسن بن على بن رباط عن زرارة(۲) قال : العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ و الفواكه يوم الى اللّيل و يقع الكلام تارة من حيث السند و أخرى من حيث الدلالة أما من حيث السند ، أن السند الذى نقل صاحب الوسائل هذه الجملة و نسب روايتها الى الصدوق و ان كان لا بأس به ولكن الاشكال فيه من جهتين ، الاولى : أن الصدوق نقل فى الفقية ما دل على ثبوت الخيار فى الحيوان للمشترى الى ثلاثة أيّام ، و كون الحدث للبايع ثم ألحق بذلك قوله و من اشترى جارية ، و قال للبايع أجيئك بالثمن ، فان جاء فيما بينه و بين شهر و الاّ فلا بيع ، ثم قال : و العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ و الفواكه يوم الى الليل ٠

و الذى نظن ظنا اطمئنانيا أن الصدوق نقل الرواية الدالة على كون الحدث فى الحيوان للبايع الى الثلاثة و اراد أن يجمع ما يشبهه فألحق

---

(۱) وسائل ــ ج ۱۲ ، ص ۳۵۸ ، باب ۱۱ ، حديث ۱ ٠

(۲) وسائل ــ ج ۱۲ ، ص ۳۵۹ ، حديث ۲ ٠

به مضمون رواية على بن يقطين(١) الدالة على ثبوت خيار تأخير الثمن فى الجارية بعد شهر، و ألحق به مضمون مرسلة محمد بن أبي‌حمزة‌الدالة على ثبوت الخيار للبايع فيما يفسده بيومه اذن فتكون الرواية هنا مختصة بمرسلة ابن أبي حمزة، و قد افتى الصدوق بطبقها فى ذيل الروايةالدالة على‌ثبوت خيار الحيوان للمشترى كما هو دأبه كثيرا بعد نقل الروايات فانه‌ألحق‌بها مضمون رواية أخرى مسامح لها و يؤيد ذلك أن الرواية قد نقلها الشيخ‌فى التذهيب بالسند الذى نقلها الصدوق، و ليست مذيلته بهاتين‌الجملتين، على أن سوق العبارة يقتضى أن لا يكون الجملتان من الرواية و لا يشبه‌كلام الامام‌عليه السلام الله كما يقتضيه الذوق السليم، فالحاصل ان الذيل من كلام الصدوق كما عليه الاكثر كصاحب الحدائق وغيره و مع‌الغض عن حصول الظن الاطميناني بذلك فلا أقل من الشك فما يشك كونه جزا لا تشملهادلة حجية الخبر، بل لابدّ من احرازه كما لا يخفى و مع‌الاغماض عن جميع‌ذلك فالرواية ليست منقولة عن زرارة، بل أيضا مرسلة كمرسلةابن ابى حمزة فان الحسن بن‌على بن رباط ينقل عمن رواه لا عن زرارة و انما كتب لفظ‌زرارة و عمن رواه كليهما فى نسخة الوسائل، و الظاهر أنه اشتباه من الناسخ لا اشتباه‌عمن رواه بزرارة و الا فهى مرسلة كما فى حدائق و الوافى و غيرهما و أما من حيث‌الدلالة فمع‌الاغماض عن ضعف سندها فلا دلالة فيها على المقصود حيث ان‌المراد من كون العهدة على البايع‌الى الليل ليس هو ثبوت‌الخيار له فى أول الليل، بل معناه أن الضمان له الى الليل و بعده ليس عليه ضمان و ان‌كان تلفا قبل القبض، فان الظهور العرفى من كلمة العهدة هو الضمان كما يطلق عليه كثيرا فى العرف.

(١) وسائل ــ ج ١٢، ص٣٥٧، حديث ٦.

و أما مرسلة محمد بن ابى حمزة فمن حيث السند قد تقدم الكلام فيها و قلنا ان الظاهر ان المدرك هنا منحصر بها فيكون ذهاب المشهور الى ذلك نفس هذه المرسلة فبناء على انجبار ضعف الرواية بالشهرة فتكون منجبرة بها ، و انما الاشكال فى الكبرى ·

و أما من حيث الدلالة فدلالتها على المقصود يحتاج الى تأويل اجمالا و ان كان لا بأس به ·

و توضيح ذلك أن ظاهر المشهور أن ما يفسد من يومه فللبايع فيه الخيار من أول الليل كما هو المستفاد من ظاهر النص أيضا وعليه فلا فائدة لثبوت الخيار للبايع فان أول الليل أول شروع المبيع بالفساد فبعد شروعه بالفساد فأى فائدة للخيار فانه مع فسخ العقد ايضا يقع البايع فى الضرر نعم لو كان مراد الفقهاء ما ذكره الشهيد كما هو المضمون فانه لسان الفقهاء و يطلع على مرادهم وان كان كلامهم مجملا فلا اضطراب فى كلمات الفقهاء فانه عبر عن هذا الخيار فى الدروس بخيار ما يفسده المبيت وعليه فأول الليل ليس زمان الشروع بالفساد لأن المبيت هو المفسد للمبيع فيكون الخيار فى أول الليل دافعا لضرر البايع و أما تطبيق الرواية على هذا فيمكن أن يراد من اليوم ، اليوم مع ليلة ، كما هو المتعارف فى الاطلاقات كثيرا و على هذا فلا فساد فى استناد المشهور فى فتياهم على المرسلة فلا بأس بهذا المقدار من خلاف الظاهر ، و لكن الذى يسهل الخطيب أن الشهرة لا تجبر ضعف الرواية اذن فلا مدرك للقول بثبوت الخيار هنا ·

ثم انه قد استدل المصنف على ثبوت الخيار هنا للبايع بقاعدة لا ضرر و قد تقدم الجواب عنها فانه لم ينشأ الضرر من ناحية لزوم العقد بوجمبل ·

اما من جهة ضمان البايع به فانه التلف قبل القبض من مال البائع فيرفع ضمانه و ان كان من جهة لزوم حفظه للمشترى فيرفع وجوب ذلك ·

و اما من جهة تأخير الثمن فيرتفع الضرر بغير الفسخ من المقاصة ونحوها و كيف كان فدفع الضرر عن البايع ليس منحصرا بفسخ العقد حتى يلتزم بالخيار بدليل نفى الضرر كما هو واضح ·

ثم ان الشروط التى ذكرناها فى خيار التأخير جار هنا بناء على ثبوت الخيار هنا للبايع فان هذا أيضا قسم من خيار التأخير·

ثم هل يضمن البايع المبيع لو تلف عنده و لم يجيء المشترى بالثمن أم لا ؟ قد تقدم فى خيار التأخير، أن التلف سوا كان قبل الثلاثة أو بعده على البايع اذا كان قبل القبض للارتكاز العقلائى و لكن هذا الارتكاز منفى فى المقام فانه لا يساعد أحد على أنه اذا اشترى أحد متاعا يفسد من يومه و خلى عند البايع و تلف عنده كان البايع ضامنا لو ادعى أحد ضمانه على البايع يضحك عليه ·

و بعبارة أخرى أن ما ذكرناه سابقا لم يكن التلف فيه مستندا الى عدم مجيء المشترى ،وفى المقام ان التلف مستندا الى عدم مجيئه لأن المبيع لا دوام للبقاء فيتلف من جهة تأخيره و الحكم أوقع فيما اذا كان المتاع يفسد من ساعته كالثلج و نحوه ،وفى جميع ذلك أن التلف عن المشترى و من هنا يعلم أن الحكم فى أمثال المقام لا يحتاج الى الرواية ،بل هو على طبق القاعدة من كون التلف عن المالك كما هو واضح ·

و الحاصل :ان كان مدركه هو مرسلة ابن ابى حمزة فهى من حيث الدلالة و ان كانت تامة لأن المراد من اليوم المذكور فيها هو اليوم و ليله فلا يرد عليها أنها لا تنطبق على فتوى المشهور ،ولكن الضعف السند مانع عن الأخذ بها الا بناء على انجبار ضعف الرواية بالشهرة ·

و ان كان المدرك لذلك هو قاعدة نفى الضرر فقد عرفت أن ارتفاعه لا يتوقف على ثبوت الخيار للبايع على أن النسبة بين ما ذكره المشهور من ثبوت

الخيار للبايع من أول الليل و بين مفاد لا ضرر عموم من وجه فانه قد يكون الضرر قبل انتهاء اليوم و قد يكون في وسط الليل، و قد يكون أول الليل فاذن فلا تنطبق القاعدة على فتوى المشهور.

و قلنا: ان الذى ينبغى أن يقال أن السيرة قائمة على أن التلف قبل القبض من مال البايع كما تقدم لأن الأخذ و الاعطاء من متممات البيع و مع الانتفاء ينتفى البيع، و قد عرفت ذلك آنفا و لكن هذه السيرة غير جارية فى بيع ما يفسد ليومه، و ذلك لأن ما ذكرنا انما هو فى مورد يكون التلف سماويا و لم يكن مستندا الى تأخير المشترى فى الاتيان بالثمن، بأن اشترى متاعا يفسد ليومه و تأخر فى اتيان الثمن حتى تلف المبيع، فانه حينئذ يحسب التلف على المشترى و ان كان قبل القبض فان البايع لم يمنع عن التسليم من قبله، بل مكنه من الأخذ و تركه المشترى عند البايع ليجيئ بالثمن فلم يجئ فتلف المبيع لتأخيره و عليه فلا يختص الحكم بما يفسد ليومه، بل يجرى فيما يفسد من ساعته أو نصف يوم أو يومين فان السيرة الدالة على ضمان البايع قبل القبض لا يجرى فى ذلك كله بوجه.

و على هذا فهل يثبت الخيار للبايع هنا من جهة تأخير الثمن بأن يفسخ المعاملة و يبيع المبيع من شخص آخر؟ لأنه يحتمل أن لا يجئ بالثمن اصلا فاذا تلف المبيع فيذهب ماله هدرا خصوصا اذا لم يعرف المشترى لكونه غريبا أو لا يتمكن من اخذ الثمن منه أو ليس له خيار، يمكن أن يقال بثبوته له من جهة السيرة أيضا بدعوى أنها جارية على حفظ المالية فى المبادلات و انما وقعت المبادلة بين المالين فاذا كان مال البايع فى معرض التلف و الزوال فلا يبعد قيام السيرة و بناء العقلاء على ثبوت الخيار للبايع لئلا فيتضرر بذهاب ماله فالخيار حينئذ يكون ثابتا بالسيرة فتكون حكمته نفى الضرر و مع عدم الجزم بهذه السيرة فاثبات الخيار مشكل جدا.

و یمکن اثبات الخیار بالسیرة أیضا و لکن ببیان آخرحاصله أن المعاملة الواقعیة بین المشتری و البایع حینئذ لیست بنسیئة غایة الأمر أن المشتری استمهل من البایع أن یتأخر بالاتیان بالثمن علی هذا فالمتبایعان قد اشترطا فی المبیع من الاول ضمنا بحسب بناء العقلاء و ارتکازهم و سیرتهم أنه یجب علی کل من المتبایعین اعطاء العوض للآخر فاذا تخلف أحدهما عن ذلک ثبت للآخر خیار تخلف الشرط غایة الأمر أن البایع قد أسقط خیاره هذا فی الجزء الاول من الزمان و اما فی غیره فخیاره باق علی حاله کالخیار فی امثال المقام من جهة تخلف الشرط.

و دعوی أن له خیار واحد فاذا أسقطه فی أول الوقت سقط دائما لعدم تعدد الخیار حتی یبقی الآخر بعد سقوط واحد من ذلک دعوی جزافیة لأن الخیار هنا واحد بلا شبهة الا أنه ینحل بحسب الزمان فالاسقاط بحسب مقدار من الزمان لا أصله فیکون فی غیر زمان الاسقاط باقیا علی حاله کما هو واضح.

و بعبارة أخری قد ذکرنا فی معنی جعل الخیار لأحد المتبایعین أن مرجعه الی ایقاف التزام البایع بالبیع علی التزام المشتری بالشرط الذی اشترط فی البیع کأن باع ماله منه و اشترط علیه خیاطة ثوبه مثلا فان توقف التزامه بالبیع بالتزام المشتری بالشرط یشمله دلیل وجوب الوفاء بالشرط فیکون الشرط واجب الوفاء علی المشتری و یکون مرجع هذا الاشتراط الی کون البیع مقیدا بذلک و أنه مع عدم هذا الالتزام الشرطی لیس هنا التزام بالبیع فاذا تخلف البایع عن التزامه یتخلف المشتری ایضا عن التزامه فلازم ذلک ثبوت الخیار للبایع فالخیار و ان لم یثبت بالاشتراط بالمطابقة و لکن یثبت بذلک بالالتزام کما هو واضح.

و علی هذا ففی المقام أن البایع قد اشترط فی ضمن العقد ولو بحسب

الارتكاز و بناء العقلاء و سيرتهم على المشترى وجوب تسليم الثمن نقداً ولكن أمهاله فى تأخيره مقدارا من الزمان و اسقط شرطه الثابت بحسب السيرة مدة خاصة لأنه حق له فقد قامت السيرة القطعية على جواز اسقاط الحق فلا يرد أن الاسقاط بلا دليل فى مقام الاثبات و ان كان ممكنا ثبوتا فاذا لم يجئ المشترى الثمن فى هذه المدة فللبايع الخيار من جهة تخلف ذلك الشرط فى ضمن العقد فثبوت الخيار ح على القاعدة و هذا لا بأس به بل نجزم بذلك جزما قطعيا و لا يفرق فى ذلك بين كون المتاع من يفسد ليومه أو فى يومين أو فى ساعة أو فى ساعتين، بل يجرى فى جميع ذلك، بل يجرى ذلك فيما لا يتلف، بل يبقى مدة كثيرة و لكن يذهب سوقه لبعض الامتعة فى هذه البلاد فى أيّام الزوار فاذا اشترى أحد سبحة من شخص و خلى عنده وقال أجيئ بالثمن فلم يجئ و كان الصبر ازيد من ساعة مثلا، موجبا لزوال السوق فله الخيار فاذا فسخ العقد واذا جاء المشترى فليس له شئ.

السادس خيار الرؤية

قوله السادس خيار الرّويه: أقول: ان كان المراد من خيار الرّوية الخيار المسبب عن اشتراط المتبايعين كون المبيع على وصف كذا فاذا رآه المشترى مثلا فوجده غير واجد للوصف فيحكم بثبوت الخيار له، فلا شبهة حينئذ فى كون ذلك من صغريات خيار تخلف الشرط وانما ذكروا ذلك مستقلا لورود النص عليه و هذا الوجه يظهر من الفقهاء خصوصا من شيخنا الانصارى حيث جعل عنوان المسئلة ما هو ظاهر فى ادراج ذلك من خيار تخلف الشرط و قال: (المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه

فيه المتبايعان) وعليه فلا يفرق فى ثبوت ذلك بين المشترى والبايع فى الثمن والمثمن ·

وان كان المراد من ذلك أن المشترى قد أقدم على الشراء باعتقاد أن المبيع واجد لوصف كذا كأن اشترى عبدا باعتقاد أنه عالم لكونه والديه عالما أو حصل له الاعتقاد من توصيف المشترى من غير اشتراط ذلك فى البيع بالشرط الضمنى ثم ظهر الخلاف من غير أن يكون نقص القيمة ليدخل فى خيار الغبن فيكون للمشترى الخيار وعلى هذا الوجه لا يكون مندرجا فى خيار تخلف الشرط بل يكون خيارا آخر فى مقابل خيار تخلف الشرط وغيره ولا شبهة أن كلمات الفقهاء مضطربة فى هذا المقام ولم يعنون هذه المسئلة على ما ينبغى فى كلماتهم وقد عرفت أنه يظهر منهم كون هذا الخيار من ناحية الاشتراط ولكن الظاهر من الرواية هو الوجه الثانى وأنه خيار آخر فى مقابل بقية الخيارات والرواية هى صحيحة جميل بن درّاج (١) قال : سألت أباعبدالله عليه السلام ، الله عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها فلمّا أن نقد المال صار الى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال أبوعبدالله عليه السلام انه لو قلب منها ونظر الى تسعة وتسعين قطعة ثم بقى منها قطعة ولم يرها لكان له فى ذلك خيار الرؤية · فان اطلاقها يشمل صورة عدم الاشتراط أيضا بان اعتقد كون جميع الضيعة على النحو الذى رآها جملة منها وعلى الوجه الذى اعتقد بها ولو من توصيف البايع فاشتراها بغير اشتراط ثم دخلها فقلبها فوجدها على غير الذى اعتقد بها ،فقال الامام عليه السلام الله فى ذلك ان له خيار الرؤية و مع الحمل على التوصيف لا يكون بيع مجهول ·

(١) وسائل ــ ج ١٢ ،ص ٣٦١ ، باب ١٥ ،حديث ١ ·

فهذه الرواية تدل باطلاقها على ثبوت خيار الرؤية للمشترى بل يمكن دعوى اختصاصها بصورة عدم الاشتراط الذى هو مورد خيار الرؤيه وتوضيح ذلك أن الرؤية ليست لها موضوعية فى صحة البيع بالضرورة ولا فى لزومه بحيث أن يحكم ببطلان البيع مع عدم الرؤية أو بثبوت الخيار فيه بأن باع شيئا بالتوصيف ثم رآه المشترى فيثبت له خيار الرؤية بمجرّد ذلك، بل انما يثبت خيار الرؤية مع الاعتقاد بكون المبيع واجدا لوصف كذا، اما بالتوصيف من البايع أو بحسب الاعتقاد المبنى على المواطاة بينهما ثم ظهر خلاف اعتقاده من غير أن يكون ذلك موجبا لنقص القيمة فانه يثبت للمشترى حينئذ خيار الرؤية و هذا النحو من التخلف غير التخلف فى صورة الاشتراط فتكون الرواية شاهدة لثبوت خيار الرؤية و على الجملة لا يدور خيار الرؤية مدار الرؤية و عدمها لعدم الموضوعية لنفسها بالضرورة بل مدار خلاف الاعتقاد الحاصل من التوصيف و نحوه فليس كل تخلف تخلفا للشرط الموجود فى العقد حتى يرجع ذلك الى خيار تخلف الشرط فتكون الرواية حينئذ أجنبية عن خيار تخلف الشرط بهذا البيان على أن مورد الرواية هو صورة عدم الاشتراط حيث أن المشترى بعد ما اشترى الضيعة فدخلها و خرج منها فاستقال من البايع فلم يقله فقال الامام عليه السلام: اللّه فله خيار الرؤية فلو كان هنا اشتراط فانه لم يكن محتاجا الى الاستقالة بل فسخه بمقتضى خيار تخلف الشرط، و كيف فلا بأس بدلالة الصحيحة على ثبوت خيار الرؤية ثم انه لم يذكر فى الرواية الا خصوص المشترى فلا تشمل الرواية على البايع الا بدعوى الاجماع على عدم الفرق بينهما أو بتنقيح المناط فى الرواية بان يقال ان البيع قائم بالطرفين من البايع و المشترى فاذا ثبت خيار الرؤية فيه للمشترى يثبت للبايع أيضا اذ نقطع بأن المناط فى ثبوت الخيار له ليس الا ارفاق حال و ملاحظة أنه لا يقع فى الضرر و هو جار فى البايع أيضا و من لم يذكر فى الرواية

الا أن المشتری اشتری ضیعة و دخلها و قلبها أو فتشها کما فی بعض النسخ فخرج منها و استقال البایع فلم یقله فقال الامام علیه السلام: اللّٰه أنه اذا لم یر قطعة منها فله الخیار و من البدیهی أن عدم رؤیة المشتری لا خصوصیة فیها لکی نخصص الحکم به بل نقطع من ذلک أن المناط فی ثبوت الخیار له هو الارفاق و عدم الرؤیة و اذن فلا باس بتمیم الخیار للبایع أیضا.

أقول: أما الوجه الاول فهو دعوی الاجماع علی التعمیم فمضافا الی عدم حجیة الاجماع المنقول أنه من المحتمل أن یکون مدرك المجمعین هو ارجاعهم هذا الخیار بخیار تخلف الشرط فحینئذ یکون ثبوت الخیار علی القاعدة فلا یکون الاجماع اجماعا تعبدیا، بل یکون مدرکه هو اشتراط المتبایعین کما هو واضح.

أما الوجه الثانی: فنقول أن دعوی ثبوت خیار الرؤیة للبایع قد یکون فی الثمن و أخری فی المثمن أما الاول فلا شبهة فی صحة تنقیح المناط لأن نسبة البیع الی البایع و المشتری و الی الثمن و المثمن علی حد سواء فاذا ثبت الحکم بالنسبة الی المثمن لخصوص المشتری فی مورد مع عدم ذکر خصوصیة له فی ما دل علی ثبوت ذلك الحکم له فنجزم من ذلك أن الحکم یعم البایع أیضا و أما دعوی ثبوت ذلك فی المثمن بأن باع شیئا باعتقاد أنه کذا اعتمادا علی توصیف شخص ثم رأی أنه أرقی مما وصفوه له، و لکن لا بحیث یکون موجبا للغبن و الا فیکون له خیار الغبن، بل کانت الارقائیة علی نحو لا یوجب زیادة الثمن بل کانت القیمة التی باع المتاع بها قیمة عادلة بل أکثر من ثمن المثل فهل له خیار الرؤیة هنا بتنقیح المناط؟ أولا فالظاهر هو عدم الجزم بذلك و ان کان محتملا و لکن بمجرّد الاحتمال لا یمکن الحکم بثبوت الخیار للبایع بمجرّد تخلف اعتقاده عن الواقع کما هو واضح.

و ذکر المصنف أنه حکی عن بعض أنه یحتمل فی صحیحة جمیل أن یکون

التفتيش عن البايع بأن يكون البايع باعه بوصف المشترى و ح فيكون الجواب عاما بالنسبة اليهما و فيه أنه واضح الفساد و لا ندرى أن المصنف لماذا نقله فانه خلاف ظاهر الرواية ، بل صراحتها حيث ان الضمائر كلها ترجع الى المشترى على أن مورد الرواية هو المشترى و السائل انما سأل عنه فكيف يمكن حمل التفتيش على تفتيش البايع و حمل الجواب على الأعم من البايع و المشترى و كيف كان أن ظهور الرواية فى ثبوت خيار الرؤية لخصوص المشترى مما لا ينكر و لا بأس باثباته للبايع فى خصوص الثمن بتنقيح المناط ثم انه استدل فى الحدائق على ثبوت خيار الرؤية على المشترى بصحيحة (١) زيد الشحام ، قال : سألت أباعبدالله عليه السلام : الله عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم ، فقال : لا تشتر شيئا حتى يعلم أين يخرج السهم فان اشترى شيئا فهو بالخيار اذا خرج ثم قال و توضيح هذا الخبر ما رواه فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن عبدالرحمن بن الحجاج عن منهال القصاب و هو مجهول قال : قلت لابى عبدالله عليه السلام : اشترى الغنم أو يشترى الغنم جماعة ثم يدخل دارا ثم يقوم رجل على الباب فيعد واحدا واثنين و ثلاثة و أربعة و خمسة ثم يخرج السهم قال لا يصلح هذا انما تصلح السهام اذا عدلت القسمة الخبر .

أقول : لم نفهم وجه الاستدلال على المقصود برواية زيد الشحام و لا وجه الاستشهاد عليه برواية عبدالرحمن بن الحجاج أما الثانى فلان رواية عبدالرحمن ناظرة الى بطلان القسمة المذكورة بأن اشترى جماعة اغناما اما مشاعا كما هو الظاهر أو معينا ثم أدخلوها فى قبة ثم يخروجها

---

(١) وسائل : ج ١٢ ، ص ٣٦٢ ، يب : ج ٢ ، ص ١٤ ، الفروع : ج ١ ص ٣٩٢ ، فقيه : ج ٢ ص ٧٦ .

منها فيقف رجل بالباب فيعد لصاحب الخمسة خمسة ، و لصاحب الاثنين اثنين و لصاحب العشرة عشرة و هكذا و بيّن الامام عليه السلام وجّه البطلان و هو أن هذه ليست بقسمة عادلة لتفاوت الافراد بالسمن و الهزال و يمكن جريان هذه القسمة فى الغنم الواحد أيضا بان ذبحوه بعد الشراء ويأخذ واحد صدره و الآخر رجله و هكذا فافهم ، و هذا واضح فليس فى هذه الرواية اشعار بثبوت خيار الرؤية لاحد المتبايعين و لا أن فيه اشارة الى شراء لشخص واحد سهام القصابين قبل خروج السهم ، فالرواية أجنبية عن المقام و أما صحيحة زيد الشحام فهى أيضا خارجة عن المقام والوجه فى ذلك هو ما ذكره المصنف من أن المشترى لسهم القصاب ان اشتراه مشاعا فلا مورد لخيار الرؤية لعدم التعين وان اشترى سهمه المعين الذى يخرج فهو شراء فرد غير معين و شراء قبل التملك ، فهو لا يصح فضلا عن ثبوت خيار الرؤية فيه وعلى تقدير الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع .

ثم ذكر المصنف تفسير الرواية بأنه يمكن حملها على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة فيكون له خيار الحيوان اذا خرج السهم .

و فيه أن خيار الحيوان انما يثبت فى البيع من حين العقد لا من بعده فلا وجه لحمل الرواية على ذلك .

و يمكن أن يقال : ان المراد من الرواية أن الامام عليه السلام : اللّه قد حكم ببطلان البيع لكونه من قبيل شراء ما لا يملكه البايع لعدم خروج السهم على الفرض ثم حكم بالخيار بعد ذلك ، أى بكونه مختارا فى الشراء وعدمه بعد القسمة وخروج السهم فيكون المراد من الخيار الاختيار اعنى معناه اللغوى .

فتحصل أن خيار الرؤية خيار مستقل فى عرض خيار الشرط و دليله صحيحة جميل بن دراج ، فافهم .

قوله : مسئلة مورد هذا الخيار ، أقول :ذكر المصنف أنمورد هذا خيار الرؤية بيع العين الشخصية الغائبة و ذكر أن المعروف أنه يشترط فىصحته ذكر أوصاف المبيع التى يرتفع بها الجهالة الموجبة للغرر اذ لولاه لكان غررا ، أقول : الظاهر أن مراده من ذلك نفى خيار الرؤية فى المبيع الكلى فى الذمة فانه لا يمكن فى مثل ذلك الالتزام بخيار الرؤية فانه اذا لم يكن ما سلمه البايع الى المشترى موافقا للمبيع الكلى فله التبديل دون الخيار و أما فى الكلىفى المعين و فى المشاع يعنى اذا كان المبيع شيئا منهما فلا بأس بثبوت خيار الرؤية فيه على مسلك المصنف حيث ذهب الى أن خيار الرؤية من جهة تخلف الشرط الضمنى فانه لا شبهة فى امكان تخلف الوصف فى مثل بيع المشاع و الكلى فى المعين كما اذا وصف صبرة و اعتقد المشترى أنها واجدة لوصف فلانى ، أو وصف شخص آخر ، ذلك و اعتقد عليه المشترى فاشترى نصف المشاع منها أو اشترى صاعا منها ثم انكشف أن الصبرة غير واجدة لذلك الوصف فان له خيار لتخلف الوصف لا يقال ان المصنف قد صرح فى المسئلة السابقة بانتفاء خيار الرؤية فى المبيع المشاع فى الجواب عن الاستدلال برواية شراء سهام القصابين فكيف يمكن شرح كلامه هنا على هذا النحو .

و فيه أن المصنف لم يذهب هناك الى نفى خيار الرو ية عن المبيع المشاع، بل كان غرضه فى مورد شراء سهام القصابين ليس خيار الرؤيةسواء كان المبيع مشاعا أو معينا لأنه قد رأى المبيع و اطلع عليها و لا يلزم بعد الرؤية و الاطلاع على أوصافه تخلف ليلزم خيار التخلف الوصف وانما التفاوت منشأ من ناحية شراء سهامهم قبل الشراء حيث لا يعلم أنها على أى كيفية أنها أقل أو أكثر و أنها جيدة أم لا فالمورد له خصوصية تقتضى انتفاء خيار الرؤية لأن المبيع قد لوحظ قبلا فلا يكون هنا خيار الرؤية سواء كان المبيع

مشاعا أو مُعینا علی أنه اذا کان معینا فهو باطل و لا یلزم من ذلك نفی خیار الرؤیة فیما کان المبیع مشاعاً أو کلیاً فی المعین بان اعتقد علی توصیف فظهر خلافه ·

و أما علی مسلکنا من کون خیار الرؤیة للروایة فلا شبهة فی ثبوته فی العین الشخصیة الغائبة لکون ذلك مورد الروایة و لا یبعد الالتزام بثبوته فی المبیع المشاع لأنه و أن کان خارجا عن مورد الروایة و لکن مقتضی فهم العرفی هو أن لا یفرق بین شراء الضیعة بتمامها الذی هو مورد الروایة و بین شراء نصفها مثلا مشاعا ،فیمکن بذلك أن یدخل المبیع المشاع أیضا مورد الروایة و أما بیع الکلی فی المعین فهو خارج عن ذلك قطعا کما هو واضح ·

ثم ذکر المصنف أنه عبّر جماعة عن أوصاف المبیع التی ترتفع بها الجهالة بما یختلف الثمن باختلافها کما فی الوسیلة و جامع المقاصد و غیرهما لأن الرغبات یختلف باختلاف أوصاف الأشیاء و عبر عنها جمع آخر بما یعتبر فی صحة السلم بحیث لا یکون بیع السلم غرریا و جمع آخر والشیخین اقتصروا علی اعتبار ذکر الصفة ثم ذکر أن مراد جمیعهم واحد و هو اعتبار ذکر الوصف علی نحو یرفع الغرر ثم ذکر عبارة التذکرو ذکر أنه قد یتراءی التنافی بین اعتبار ما یختلف الثمن باختلافه و کفایة ذکر اوصاف السلم من جهة أنه قد یتسامح فی السلم ذکر بعض الاوصاف لافضائه الی عزة الوجود أو لتعذر الاستقصاء علی التحقیق ثم وجه ذلك و رفع توهم التنافی بوجهین ولا یهمنا شرح کلام القوم و الذی یهمنا أنه لا شبهة فی شمول العمومات الدالة علی صحة البیع لکل بیع، و لم یخرج من تلك العمومات الا ورود النهی فی النبوی عن بیع الغرر الذی تقدم ذلك فی شرائط العوضین و توضیح ذلك أنه قد یراد من نفی الغرر لزوم ذکر الاوصاف فی السلم و غیره بما یرفع الجهالة

المداقة بأن لا يبقى جهل بخصوص وصف باوصاف المبيع حتى مثل حظة الطعم مثلا فى مثل البطيخ و نحوه و هو بديهى البطلان قطعا لعدم اعتبار ذلك فى صحة بيع السلم قطعا لافضائه الى عزة الوجود و قد يراد من نفى الغرر ذكر الاوصاف على نحو الاجمال و التسامح فى ذلك بحيث لم يحصل الاطلاع على الاوصاف التى تختلف بها الرغبات و هذا أيضا منفى وبديهى البطلان لأنه ينجرء الى الغرر و النزاع و المشاحة و قد نهى النبى (ص) عن بيع الغرر بناء على تماميته أو قيام السيرة على ذلك كما تقدم فى شرائط العوضين بل لابدّ من الأخذ بالوسط و الامر بين الأمرين بحيث يلزم ذكر الأوصاف على نحو يرفع الجهالة عرفا و لا يلزم المداقة فى ذلك و لا يكفى المسامحة فى ذلك، وعلى هذا فيرتفع الغرر بذلك ثم و لو كان هذا التوصيف بذكر الاجانب غير المالك وعلى هذا فاذا تخلف الوصف يثبت للمشترى خيار الرؤية بمقتضى الرواية و ان لم يكن اشتراط فى العقد ليلزم تخلف الوصف و يثبت الخيار من جهة ذلك لعدم التزام البايع بذلك، بل يذكر الوصف بعنوان أنه مخبر عن ذلك أو يسئل المشترى الاوصاف من الأجانب الذين يطلعون على المبيع كما لا يخفى .

وعلى الجملة فلابدّ فى الغرر و أن يرجع الى العرف كما اعترف بـه المصنف أيضا بل السيرة قائمة على عدم اعتبار الاطلاع بأوصاف المبيع بأجمعها كما هو واضح .

و من هنا ظهر أنه لا وجه لاعتبار العرف و الشرع فى الغرر و القول بأن الغرر العرفى أخص من الشرعى كما فى كلام المصنف اذ لم يرد فى الشريعة ما يرجع الى الغرر الا قول النبى (ص) نهى النبى عن بيع الغرر من دون بيان مفهومه و حقيقته فلا وجه لأخذ الغرر الشرعى أعم من العرفى بل الغرر عرفى دائما، نعم ورد اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل والموزون و لكن

لا من جهة نفی الغرر، بل لموضوعیة المکیل و الموزون حتی لو کان الغرر مرتفعا بوجه آخر فایضا لا یصح فیهما البیع بدون الکیل و الوزن بأن جعل مثلا الحنطة فی احد کفتی المیزان و الشعیر فی الطرف الاخر مع کون قیمتهما مساویة فرضا و مع ذلك لا یصح البیع و کذا أن اعتبار العلم بجنس المبیع لیس من جهة الغرر، بل للاجماع علی ذلك الا أن یناقش فیه بأن مدرك المجمعین هو دلیل نفی الغرر و أن اعتبار العلم بجنس المبیع من جهة أن لا یکون البیع غرریا کما هو واضح ·

ثم ذکر المصنف أنه یمکن الاستشکال فی صحة هذا العقد بأن ذکر الاوصاف لا یخرج المبیع عن کونه غررا لأن الغرر بدون أخذ الصفات من حیث الجهل بصفات المبیع فاذا أخذت فیه مقیدا بها صار مشکوك الوجود لأن العبد المتصف بتلك الصفات مثلا لا یعلم وجوده فی الخارج و الغرر فیه اعظم ·

ثم أجاب أولا و حاصله ما ذکره فی البحث عن بیع الغرر أنه بمعنی الخطر و هو آمر نفسانی یزول بالاطمئنان علی وجود المبیع وأوصافه فاذا وصفه البایع أو شخص آخر ذلك المبیع واطمئن المشتری علی کونه متصفا بوصف کذا ارتفع الغرر ح و اذا انکشف الخلاف ثبت له خیار الرؤیة بالروایة المتقدمة و هی صحیحة جمیل بن دراج ، و هذا وجه وجیه ·

ثم أجاب ثانیا بان أخذ الاوصاف فی معنی الاشتراط لا التقیید فیبیع العبد مثلا ملتزما بکونه کذا و کذا و لا ضرر فیه ح عرفا ، و هذا الوجه أیضا وجیه وان کان الخیار الثابت فی البیع ح خیار تخلف الشرط و توضیح ذلك أن الاعیان الخارجیة غیر قابلة للاطلاق والتقیید ، بل هی موجودة علی ما هی علیها فلا تتغیر عن واقعها بقید من القیود و علیه فلا مناص من رجوع التقیید فیها الی الاشتراط فمعنی أنه بعتك العبد الکاتب أن البیع مشروط بالکتابة

أى أن التزام المشترى بالكتابة مشروط بكون العبد كاتبا و الا فله الخيار فى ذ لك اذ ن فلا وجه لبطلان البيع كما هو واضح ٠

ثم أنه لا معنى لكون الا شتراط هو الا لتزام بالوصف الخارجى بأن يلتزم البايع بكون المبيع متصفا بوصف كذا وعلى هذا فالاشتراط قد يكون راجعا الى البيع بمعنى أن انشاء البيع يكون معلقا بكون المبيع واجد الذ لك الوصف و الا فلا بيع أصلا فهذا لا شبهة فى بطلانه لكونه تعليقا و التعليق فى العقود يوجب البطلان الا أن يكون الوصف المعلق عليه البيع من الصورة النوعية العرفية بحيث يرجع التعليق الى التعليق بأصل وجود المبيع فحينئذ لا يحكم بالبطلان فان ذ لك ضرورى فضلا عن يكون موردا للاجماع القائم على بطلان التعليق وان كان راجعا الى الالتزام بأن يلتزم كل من البايع و المشترى على البيع بشرط أن يظهر المبيع بوصف الكتابة أو يخيط البايع للمشترى ثوبا و نحو ذ لك بأن يشترط فى البيع وجدان المبيع وصف الكمال و ظهر خلاف، فحينئذ للمشروط له خيار تخلف الوصف و ان لم يكن ذ لك بالا شتراط بل بالتوصيف و لو من غير البايع ثم ظهر الخلاف ثبت للمشترى خيار الرؤية بالرواية على مسلكنا و ان كان التخلف فى أوصاف الصحة ثبت للشمروط له خيار العيب سواء كان مع ذ لك خيار تخلف الشرط وخيار الرؤية أم لا ، وحينئذ كان المشروط له مخيرا بين الفسخ والامضاء مع الا رش أو بدونه و أما فى غير صورة انتفاء وصف الصحة فلا مجال للأرش بل يكون له الخيار فقط، لأنه انما ثبت بدليل خاص فى فرض ظهور المبيع أو الثمن معيوبا أى منتفيا عنه وصف الصحة لا مطلقا كما لا يخفى ٠

ثم انه جعل جمع كثير من المتأخرين بطلان العقد بانتفاء الشرط على القاعدة كما يظهر من المنتهى و ذ هب اليه المحقق الا رد بيلى ، بل مال اليه المصنف و لكن ذكر أن ملاحظة موارد ذ لك فى الفقه يقتضى الخروج عن ذ لك

وعدم كون التخلف موجبا للبطلان، بل ثبوت الخيار فقط والوجهفى ذلك أن ماوقععليه العقد أى المبيع المشروط بشرط كذا غير واقع والمبيع المطلق لم يقع عليه العقد فيحكم بالبطلان فالمعقود عليه غير موجود و الموجود غير معقود عليه ٠

و لكن يرد عليه أن الشرط ان كان راجعا الى أصل البيع فقد عرفت أنه يوجب البطلان لا من جهة الغرر، بل للتعليق المجمع على بطلانه فى العقود الا اذا كان التعليق بأصل وجود المبيع أو بما يكون نازلا منزلته ٠

و ان كان راجعا الى الالتزام كما هو كذلك فلا يوجب تخلف الشرط الا الخيار كما ذكرناه نعم لو كان الوصف المتخلف من الصورة النوعية فيكون موجبا للبطلان و كان لما ذكرناه وجه لأن ماجرى عليه العقد فهو غير واقع و ما هو واقع لم يجر عليه العقد كما لا يخفى و على هذا فالبطلان ليس موافقا للقاعدة ٠

و العمدة فى ذلك الذى استند اليه القائل بالبطلان وان لم يكن الوصف المتخلف من الصورة النوعية ما ذكره المصنف من قياس المقام بالشروط الفاسدة بناء على كون الشرط الفاسد موجبا لبطلان العقد بأن المقام وأن لم يكن من باب التخلف فى الصورة النوعية كما اذا قال بعتك ما فى البيت على أنه عبد حبشى فبان أنه حمار وحشى و لكن تلتزم بالبطلان فى المقام أيضا أعنى صورة تخلف الشرط فان اتصاف المبيع بالاوصاف فى معنى كون القصد الى بيعه بانيا على تلك الاوصاف فاذا فقد ما بنى عليه العقد فالمقصود غير حاصل فينبغى بطلان البيع كما ألتزموا بالبطلان فى اشتراط الشرط الفاسد فى البيع كما هو واضح ٠

و لكن يرد عليه أن بطلان العقد لاشتراط الشرط الفاسد فيمبناءعليه انما هو من جهة كون البيع مقيدا بالالتزام على هذا الشرط و قد جعل

الشارع هذا الالتزام كلا التزام و أخرجه عن عموم المؤمنون عند شروطهم بكونه مخالفا للشرع فيكون ذلك موجبا للبطلان و هذا بخلاف صورة تخلف الشرط فان الالتزام لم يجعل كلا التزام ، بل انما لم يوجد متعلق الشرط فى الخارج فيكون ذلك موجبا للخيار و كم فرق بين الأمرين ٠

و دعوى أن البيع انما هو على هذا الشرط أى انما انشاء البيع على تقدير هذا الشرط و الا فلا بيع فيكون الالتزام ح أيضا منتفيا بانتفاء الشرط دعوى جزافية فانه خارج عن الفرض و أنه تعليق مجمع على بطلانه و كلامنا فى فرض التخلف فقط دون التعليق كما هو واضح ٠

و الحاصل : أنه قد تحصل مما ذكرناه أنه لا معنى للالتزام بوجود الوصف فى العوضين بأن يكون معنى اشتراط كون العبد كاتبا هو التزام البايع بكتابة العبد فلابدّ أما أن يرجع الاشتراط الى أصل العقد والالتزام العقدى أو يرجع الى الالتزام بلزومه بأن يكون لزومه مقيدا باتصاف العبد بالكتابة أكون البيع على تقدير أن يكون العبد كاتبا فعلى تقدير اشتراط اللزوم بالكتابة كان العقد صحيحا سواء كان تخلف الوصف أم لا ، و لكن ثبت للمشترى خيار تخلف الوصف و على تقدير اشتراط البيع بكون العبد كاتبا مثلا كان البيع باطلا للتعليق سواء تخلف الوصف أم لم تخلف لقيام الاجماع على بطلان العقود بالتعليق نعم اذا كان التعليق بالصور النوعية فلا يكون ذلك موجبا للبطلان فانه ضرورى سواء ذكر فى اللفظ أم لم يذكر اذ التعليق بالصور النوعية كالتعليق بأصل وجود المبيع فهو لابدّ منه لأنه مما يتوقف عليه صحة العقد فانه لا يصح العقد بدون وجود المبيع كما هو واضح ، و من هنا يحكم ببطلان العقد مع التخلف فى الأوصاف التى من الصور النوعية كأن اشترى عبدا فظهر حمارا أو أشترى كأسا فظهر جرّة و نحو ذلك ٠

و على الجملة أن التعليق فى العقود اذا كان بالاوصاف الكمالية

يوجب البطلان الا أن تخلفها لا يوجب البطلان بل يوجب الخيار و أما التعليق بالصور النوعية لا يوجب البطلان و لكن تخلفها يوجب البطلان ·

ثم ان المراد من الصور النوعية هنا ليس ما هو المعروف فيعلم الفلسفة المبنى على التدقيق و التحقيق ، بل المراد منها هو الصور النوعيةالعرفية و بينهما عموم من وجه اذ قد يكون الوصف من الصور النوعية العرفية و لا يكون منها بحسب الدقة و الفلسفة كأشترى أحد أمة شابة فظهرعبدا شائبا فان الأنوثة و الرجولة و ان كانتا من حقيقة واحدة عند الدقة حيث انهما من أفراد الانسان والانسان نوعواحد و لكنهما فى نظر العرف نوعان وعليهفلا شبهة فى بطلان البيع حينئذ لأن ما وقععليه العقد غير موجود و الموجود غير ما جرى عليه العقد و من هذا القبيل الفراش و الكتب·

وقد يكون الوصف فى نظر العرف من غير الأوصاف المقومةوالصورالنوعية و لكنه يكون من الصور النوعية فى نظر العقل و قد يجتمعان و أما ما ذكره المصنف من المثال باللبن على المختلفة الحقيقة بأن باع لبن شاةفظهرلبن جاموس ، لا يمكن المساعدة عليه فان الغنم والجاموس و ان كانامنجنسين و لكن لبنهما شئ واحد حقيقة وجنس واحد وعلىتقدير الفرق بينهما فالاختلاف بحسب نظر العرف دون العقل ·

هذا كله فيما علم كون الوصف من الصور النوعية أو منالاوصاف الكمالية و أما فيما شك فى ذلك و لم يعلم أن الوصف من الصور النوعيةأومنالاوصاف الكمالية فهل مقتضى القاعدة هنا البطلان أو الصحة؟ و بعبارة أخرى تارة تعلم كون الوصف من الصور النوعية و لا شبهة فى ان التخلف فيه يوجب البطلان و أخرى يعلم كونه من الأوصاف الكمالية و لا شبهة فى أن التخلف هنا لا يوجب البطلان ، بل انما يوجب الخيار و أما اذا شككنافىكونالوصف من الصور النوعية العرفية المقومة أو من الأوصاف الكمالية فهلمقتضىالقاعدة

هنا هو البطلان عند التخلف ؟ أو عدمه؟ و هل يجوز التعليق فی مثل ذلك أم لا يجوز؟

و يقع الكلام هنا فی مقامين، الاول : فی جواز التعليق فی مثل ذلك وعدمه، والثانی : فی حكمه مع التخلف فيما وقع البيع على الارتكاز من غير تعليق و اشتراط.

اما المقام الاول : فالظاهر أنه لا يوجب البطلان و توضيح ذلك أنه لا دليل لفظی على بطلان التعليق فی العقود و انما الدليل على بطلانه انما هو الاجماع و من الواضح أنه دليل لبی فلابدّ من أخذ المتيقن منه و لا ريب أن المتيقن انما هو فيما كان التعليق على الأوصاف الكمالية بحيث أحرز كونها من ذلك و أما اذا احتمل كونها من الأوصاف الكمالية أو من الصور النوعية فلا نجزم بوجود الاجماع هنا على بطلان التعليق اذ نحتمل أن يكون ذلك من الصور النوعية التی يجوز التعليق فيها وتوهّم أنا نكشف من الاجماع ببطلان التعليق اينما سرى مفهومه الا التعليق بالصور النوعية أو بأصل وجود المبيع توهّم فاسد لعدم الاطمئنان بذلك كما لا يخفى.

و عليه فتشمله العمومات الدالة على صحة البيع و لا يكون تمسكا بالعام فی الشبهات المصداقية حيث لا نشك فی أنه داخل تحت الاجماع أو لا بل نقول أنه خارج عن الاجماع فيكون العمومات بالنسبة اليه سليمه عن المخصص كما هو واضح.

ثم اذا ظهرت المخالفة فی هذه الصورة فيحكم ببطلان العقد على كل تقدير لأنه ان كان التخلف فی الواقع فی الصورة النوعية فيحكم بالبطلان لعدم وجود المبيع و أن الثمن لم يعلم فی مقابل أی شیء وقع و ان لم يكن فی الصورة النوعية فيحكم ببطلانه للتعليق فی غير الصورة النوعية.

و أما المقام الثانی : فهو ما تعاملا على شیء بحسب الارتكاز على كون

واجدا للوصف الكذائى ثم ظهر الخلاف فلم يعلم أنه من الصور النوعية ليوجب التخلف البطلان أو من الاوصاف الكمالية حتى لا يوجب التخلف البطلان كما اذا باع كتاب شرح اللمعة على أنه مخطوط بخط عبد الرحيم بحسب ارتكازهما ثم ظهر أنه مخطوط بخط أحمد التفريشى فلم يعلم أن هذا الوصف هل هو من الصور النوعية حتى يكون التخلف موجبا للبطلان أم من الصور الكمالية حتى لا يكون التخلف موجبا للبطلان ، فالظاهر هو البطلان هنا فلا تشمله العمومات لأنه لم يعلم أن الثمن فى مقابل أى شىء وقع و لم يحرز المبيع فيكون التمسك بالعمومات تمسكا بها فى الشبهات المصداقية و هو لا يجوز وعلى هذا فلا يجوز لكل من المتبايعين التصرف فى الثمن و المثمن لأنه لا يجوز التصرف فى مال الغير الآمع الاذن منه أو بالتجارة عن تراض ومن الواضح أن العوض مال الغير فلم يعلم اذن صاحبه فيه و لا كون الأخذ تجارة عن تراض اذ المفروض أنه لم يعلم أن الثمن فى مقابل أى شىء وقع فى الخارج فيكون باطلا و على الجملة أن العمومات انما نحكم بصحة المعاملة بعد احراز تحقق البيع فى الخارج و وقوعه بمبيع كلى أو شخصى و من الواضح أنه لم يحرز فى أن المبيع أى شىء و أن البيع بأىّ شىء وقع فانه على كون الوصف المتخلف من الصور النوعية فلا بيع أصلا و على تقدير كونه من الاوصاف الصحة أو الكمال فالبيع صحيح فلم يحرز وجود البيع حتى تمسك بالعمومات و لم يتحقق وقوع الثمن بازاء أى شىء فانه مع كون الوصف من الصور النوعية فما هو مبيع غير موجود ، لأن المفروض أن البيع وقع بحسب الارتكاز على الوصف و مع كونه من أوصاف الكمال فقط فما هو مبيع فهو موجود فلا يكون أخذ الثمن فى مقابله الا تجارة عن تراض فحيث لم يحرز كونه من الاول أو من الثانى فلم يحرز وجود المبيع و أن الثمن قد وقع فى مقابل أى شئ فيكون المورد مشمولا لما دل على حرمة أكل مال الناس بغير رضى منه ، و لا تجارة عن تراض كما

هو واضح و لم نر التعرض لهذا البحث و هو بحث لطيف.

مسألة

قوله: مسئلة الاكثر على أن الخيار عند الرؤية فورى، اقول وقع الخلاف بين الاصحاب فى أن خيار الرؤية فورى أم لا و تحقيق ذلك فى مقامين :ـ

الاول : من حيث القواعد .

والثانى : من حيث الروايات.

أما المقام الاول : فمقتضى القواعد ، أى العمومات هو ثبوت الخيار فى كل آن و زمان لما عرفت سابقا فى خيار الغبن أن العموم الزمانى ثابت للعمومات فنتمسك بها فى كل آن فنثبت فيه الخيار و اذا خرج فرد من ذلك يقتصر بالمقدار المتيقن فلا يمكن استصحاب حكم المخصص فى الزمان البعد.

و هكذا الحال اذا كان الدليل لخيار الرؤية هو الشرط الضمنى حيث ان مقتضى ما شرطاه المتبايعان بحسب الارتكاز هو ان يكون لكل منهما الخيار مع التخلف و لا شبهة أن هذا الاشتراط موجود فى مقدار من الزمان بعد الرؤية بحيث يتمكن المشروط له من الفسخ الذى سميه فوريا وأما الازيد من ذلك فلا يقتضيه الارتكاز .

و أما بحسب الروايات فقد عرفت أن الدليل على ذلك انما هو رواية جميل و تحقيق الكلام فى دلالة ذلك أن قوله عليه السلام الله فيها فلهخيار الرؤية أن الخيار الذى اضيف الى شىء لا يخلو بحسب الاستقراء عن أقسام ثلاثة و ان كان لها اقسام كثيرة بحسب التقسيم العقلى .

الاول : أن تكون اضافته من باب اضافة الخيار الى متعلقه كخيار الحيوان حيث أن الحيوان ليس سببا للخيار و لا ظرفا له، بل هو متعلق الخيار أى

هو المبيع الذی تعلق به الخيار و قد يكون من باب اضافة المسبب الى السبب كخيار الغبن فان الخيار هنا مسبب عن الغبن و لا يبعد أن يكون من هذا القبيل اضافة الخيار الى العيب فان العيب هو سبب الخيار .

و قد تكون من قبيل اضافة المظروف الى ظرفه كخيار المجلس فان المجلس ليس سبب الخيار و لا متعلقه ، بل الخيار واقع فی هذا الظرف كما هو واضح ، ففی المقام أن الرؤية ليست متعلقة للخيار بلا شبهة بحيث تكون شأنها شأن الحيوان فی بيع الحيوان ، فان الرؤية غير قابلة للبيع و تعلق الخيار بها وبعيد أن تكون سببا له ايضا ، وذلك من جهة أن الرؤية ليست سببا للخيار بحيث أن يوجد الخيار بمجّرد الرؤية و تكون لها موضوعية فی ذلك فان هذا غير محتمل .

و لكن يمكن الجواب عن ذلك بأن الرؤية كاشفة عن ثبوت الخيار عند التخلف و يكون السبب للخيار هو التخلف و تكون الرؤية كاشفة عن التخلف و هذا الاشكال لا يكون مانعا عن كون الرؤية سببا للخيار كما هو واضح .

و لكن يرد عليه أن مقتضى كون الرؤية سببا للخيار أن يكون الحكم أی الخيار مقيدا بها و هو لغو محض و بيان ذلك أن الرواية جميل دلت على أن المشتری للضيعة انما رأى مقدارا منها و اشتريها ثم دخلها فقلبا فخرج منها و استقال من البايع فلم يقله ، فقال الامام(ع) : لو لم ير قطعة منها فله خيار الرؤية ، فان ظاهر هذه الرواية أن المشتری قد رای الضيعة و سئل عن حكم المسئلة بعد الرؤية فمقتضى الحال حينئذ أن يقال فله الخيار دون أن يقال ، فله خيار الرؤية ، فان التقييد حينئذ لغو محض ، فانه بعد تحقق الرؤية لا وجه لتفريع الحكم على التخلف الحاصل بأن له خيار الرؤية ، بل يقال فله الخيار ، فان ذلك نظير أن يقال اذا دخل شهر رمضان فيجب صوم شهر رمضان ، و هكذا بل الصحيح أن يقال يجب الصوم و على هذا فلا

يبقى للرواية ظهور فى ذلك، بل الصحيح أن الاضافة منقبيلاضافةالمظروف الى ظرفه، كخيار المجلس، فان التقدير حينئذ يكون هكذا فله خيار اذا رأى أى فى زمان الرؤية وعلى تقدير أن لا تكون الرواية ظاهرة فى ذلك فليس لها ظهور فى السببية فتكون مجملة، فلا يمكن الاخذ بمفاد السببية و الفرق بين الوجهين هو أن مقتضى كون الرؤية سببا للخيار هو عدم الفورية تمسكا باطلاق الرواية فيحكم ببقاء الخيار أبدا ما لم يطراه مسقط فتكون الرواية نظير الروايات الواردة فى خيار التأخير حيث ذكرنا أنمقتضىإطلاق قوله عليه السلام لا بيع بينهما، هو نفى اثبات الخيار الى الأبد ولو بعد سنة و لو اعطاء الثمن ما لم يطرا عليه مسقط فتكونهذ هالروايةأيضا باطلاقها دالة على ثبوت خيار الرؤية الى الأبدمالم يطرأ عليه مسقط، و هذا بخلاف الوجه الأخير اعنى أخذ الرؤية ظرفا للخيار فان مقتضى ذلك هو أنالخيار ثابت حال الرؤية، و حينئذ لو كان للرؤية مجلس تدوم بدوام المجلس مثلا كخيار المجلس لكان لماذكره أحمد بن حنبل وجه، وليس مما ذكره بلا وجه أصلا، كما ذكره المصنف، بل يمكن دعوى أن الرؤية ما دامت ممتدةفىمجلس واحد مثلا فيثبت الخيار و لكن ذلك بعيد، فان الظاهر منالروايةأنالخيار ثابت فى حال الرؤية من غير أن تكون ظاهرة فى امتداد الخيار بامتداد الرؤية، و حينئذ فاما أن يقتصر من الفورية بالآن الاول الحقيقى من الرؤية أى الآن الدقى الفلسفى فتكون الفورية فورية حقيقية و لكن لا شبهة فى انه خلاف المتفاهم العرفى و اذن فيثبت كون خيار الرؤية فورية بالفوريةالعرفية كما هو واضح .

قوله مسئلة : يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفا؟ أقول : من جملة المسقطات لخيار الرؤية الاسقاط فتارة نتكلم فى جواز اسقاطه بعد العقد و قبل الرؤية، وأخرى فى ضمن العقد، أما الاول : فان كانت الرؤية كاشفة عن

ثبوت الخيار قبله فلا شبهة فى جواز الاسقاط قبل الرؤية و لكن ذلك خلاف الظاهر من الرواية و ان كانت الرؤية كاشفة عن ثبوته عنده و حال الرؤية فلا اشكال فى جواز الاسقاط قولا الا من جهة الاسقاطه اسقاطا لما لم يجب فقد تقدم سابقا أنه لا شبهة فى جواز اسقاط ما لم يجب بان ينشئ من الآن اسقاط حقه فى ظرفه على تقدير تحققه ،ففى المقام ينشئ سقوط خيار ه فعلا بعد الرؤية اذا كان له خيار فهذا لا محذور فيه ،نعم لو انشاء سقوط خيار بالفعل فهو غير معقول اذ لم يتحقق هنا حق بالفعل حتى يسقطه وعلى الجملة لا دليل على بطلان اسقاط ما لم يجب الآ قيام الاجماع على بطلان التعليق فى الانشاء ، فالمتيقن منه ما لم يوجد المقتضى و أما اذا كان المقتضى موجودا فلا يشمله الاجماع ففى المقام أن المقتضى للخيار هو العقد موجود ،فلا بأس بانشاء سقوط الخيار فى ظرفه بالفعل ، نعم فيما يكون التعليق موردا للاجماع فلا يجوز كما أنه لا يجوز أيضا فيما كان على خلاف الارتكاز مع قطع النظر عن الاجماع كانشاء الطلاق قبل التزويج وانشاء الهبة قبل التملك كما هو واضح · هذا كله اذا كان الاسقاط قوليّا ·

وأما اذا كان بالفعل ،فقد عرفت سابقا فى خيار الحيوان أن كلما كان من الفعل مصداقا للاسقاط الفعلى فيكون مسقطا للخيار و الآ فلا دليل على كونه مسقطا للخيار الا ما ثبت فى موارد خاصة فى خيار الحيوان من اللمس و التقبيل و نحو ذلك ،نعم ظاهر الرواية هنا هو عدم ثبوت الخيار بعد التلف الحقيقى لا من جهة أن الخيار يتعلق بالعين فهى تالفة ، بل من جهة أن الرواية ظاهرة فى ثبوت الخيار حال الرؤية وعندها ،و من الواضح أنه مع تلف العين فلا يبقى موضوع للرؤية أصلا كما هو واضح ،و أما فى موارد التلف الحكمى مثل الهبة و البيع و نحو ذلك فلا وجه لسقوط الخيار حيث أنه يصدق حينئذ أن له خيار حال الرؤية كما هو واضح ·

انتهى الكلام الى صورة اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد ففى هنا وجوه :ـ

الاول : أن يكون الشرط فاسدا و العقد صحيحا و الوجهفيهأنهاسقاط لما لم يجب فهو باطل و هذا بناء على أن الشرط الفاسد لا يوجب فساد العقد و فيه ما مر مرارا أن عدم جواز اسقاط ما لم يجب انما يضر من جهة الاجماع و بناء العقلاء على عدم ترتيب الاثر عليه فى بعض الموارد ففىالمقام لا يطمئن بوجود الاجماع على عدم الجواز و بناء العقلاء أيضا يساعده كما هو واضح ،نعم الاسقاط قبل العقد لا يساعده الاعتبار العرفى و هو مورد الاجماع أيضا ،وعلى هذا فيدور الأمر بين الوجهين الآخرين :ـ

أحدهما : الفساد مطلقا ،أى الشرط و العقد،كما ذهب اليه العلامة و اختاره المصنف،و الوجه فى ذلك أن دفع الغرر عن هذه المعاملة و ان لم يكن لثبوت الخيار لأن الخيار حكم شرعى لا دخل له فى الغرر العرفى المتحقق فى البيع الا أنه لأجل سبب الخيار ،وهو اشتراط تلك الاوصاف المنحل الى ارتباط الالتزام العقدى بوجود هذه الصفات و اشتراط سقوط الخيار راجع الى الالتزام بالعقد على تقدير وجود تلك الصفات وعدمها و التنافى بين الامرين واضح فيكون الشرط فاسدا و مفسدا للعقد.

الثانى : الالتزام بصحة الشرط و العقد كليهما .

و لكن الظاهر هو التفصيل بان يقال ان كان الغرر فىالمعاملةمرتفعا بواسطة الاشتراط و جعل الخيار فيحكم بفساد الشرط و العقد كليهما و الآفلاوتوضيح ذلكأنالمشترى قد لا يكون عالما بأوصاف المبيع أصلالا باخبار البايع و لا باخبار شخص آخر ،و مع ذلك يقدم على المعاملةويشترى المتاع المجهول و العين الغائبة و لكن يشترط لنفسه الخيار مع التخلف ففى مثل ذلك لا شبهة فى كون المعاملة غررية مع قطع النظر عن الاشتراط و معه

يرتفع الغرر و لا وجه لما ذكره المصنف من أن الخيار حكم شرعي يثبت للبيع الصحيح فلا ربط له بالغرر و لا يوجب رفعه ، و ذلك لما عرفت سابقا أنه مع الخيار يرتفع الغرر فانه اذا تخلف الوصف يفسخ المعاملة و مع ذلك أي خطر هنا لابد من ذكر ما بعد ذلك قبل التفصيل ، وأيضا لا وجه لما ذكره المصنف من أن الالتزام بالصفات اما شروط للبيع و اما قيود للبيع ، و ذلك لما ذكرناه سابقا من أنه لا وجه للالتزام بالاوصاف الخارجية الا أن يرجع الى الالتزام بالبيع أي بلزومه على تقدير هذه الصفات لأن العين الخارجية غير قابلة للاطلاق و التقييد ، بل هي موجودة على ما هي عليها، فلا معنى لكون الاشتراط راجعا الى تقييد العين الخارجية و أما ارجاع الاشتراط بها الى اشتراط البيع بها تعليق مجمع على بطلانه فلا يبقى مجال لماذكره المصنف ، بل لابدّ من الالتزام بما ذكرناه الى هنا لابد و أن يذكر قبل التفصيل .

و أما اذا علم واطمئن البايع و المشتري بكون المبيع على وصف خاص و أن العين الغائبة متصفة بوصف كذا ، ولو كان ذلك بوصف البايع أوبتوصيف الاجنبي و مع ذلك احتمل البايع التخلف في الوصف و يشترط الاسقاط في ضمن العقد و هذا لا يوجب الغرر أصلا فانه اجنبي عن الغرر ح اذ قد عرفت سابقا أن الغرر هو الخطر و هو أمر نفساني فيدفع بالاطمئنان ، فالاسقاط لا يوجب الغرر ح أصلا ثم ان المصنف نقل في آخر عبارته ان دليل نفي الغرر لا يشمل المقام لأن المشتري قد أقدم عليه بنفسه كما أن حديث نفي الضرر لا يشمل صورة اقدام المتبايعين على الضرر وهذا عجيب حيث ان حديث نفي الغرر انما مورده صورة اقدام المتبايعين على المعاملة الغررية فلو كان هذا خارجا عن تحت الحديث لكان الحديث لغوا و هذا بخلاف حديث نفي الضرر ، فان مورده غير هذه الصورة و أنه ورد في مقام

الامتنان فشموله لصورة الاقدام على الضرر لا ينافى الامتنان، وكيف كان فلا وجه لقياس حديث نفى الغرر بحديث نفى الضرر كما هو واضح ·

ثم ان ما ذكرناه من التفصيل فى جواز اسقاط خيار الرؤية وعدم جوازه جار فى خيار العيب أيضا ففى كل مورد اطمئن كل من البايع و المشترى بأوصاف الصحة فى العين وعدم كونها معيبة سواء كان ذلك بتوصيف كل منهما أوصاف العين على الآخر أم بتوصيف الأجنبى يصح فى هذه الصورة اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد فان ذلك لا يترتب بالغرر فان الغرر يرتفع بالاطمئنان بوصف المبيع كما هو واضح ، ففى أى مورد لم يحصل الاطمئنان منهما على ذلك و انما يقدمان على المعاملة على الاشتراط بحيث تكون المعاملة بدونه غررية فلا يصح اشتراط الاسقاط حينئذ لأن المعاملة حينئذ تعود غررية فتبطل كما هو واضح · هذا ما تقتضيه القاعدة و لكن ورد النص فى خيار العيب بانه يثبت خيار العيب للمشترى مع عدم تبرى البايع من العيب فيعلم من ذلك أنه مع التبرى لا يثبت الخيار للمشترى مطلقا و ح لا يجرى التفصيل المذكور فى المقام من جهة النص كما هو واضح ·

وعلى الجملة فالمدار فى فساد الشرط و افساده للعقد على كون الاسقاط موجبا لغررية المعاملة وعدم كونه موجبا لذلك كما هو واضح وأيضا فلا وجه لنفى لقياس المقام بالبيع مع البراءة من العيوب لما عرفت من جهة الاعتماد فى صورة البراءة من العيوب على اصالة الصحة الموجبة لنفى الغرر بخلاف المقام و ذلك لما عرفت عدم الفارق بينهما الا النص الوارد فى خيار العيب و أما اصالة الصحة فان كانت بحيث توجب خروج البيع عن الغررية كأن كان بناء العقلاء بحسب ارتكازهم على كون المبيع صحيحة أو قامت بينة على ذلك أو التوصيف من البايع أو من الاجنبى فانه يحمل المبيع ح على ذلك و الا فلا يوجب رفع الغرر كما هو واضح ·

و الحاصل : أنه ان کان رفع الغرر بالا شتراط فلا شبهة فی کون اسقاط الخیار موجبا للغرر و الا بأن کان رفع الغرر بالتوصیف أوبشیء آخر أوبأصالة الصحة التی توجب رفع الغرر بحسب بناء العقلاء فلا یکون اسقاط الخیار فی ضمن العقد موجبا للغرر کما هو واضح ۰

فی مسقطات خیار الرؤیة

قوله مسئلة : لا یسقط هذا الخیار ، أقول : قد عرفت الحال فی حکم صورة تخلف الاوصاف و یقع الکلام فی سقوط الخیار ببذل التفاوت و الظاهر أنه لا دلیل علی سقوطه ببذل التفاوت لأن الخیار ان کان ثابتا بالتعبد فنتمسك باطلاق دلیل التعبد وان کان ثابتا بالا شتراط و تخلف الشرط فنتمسك باطلاق دلیل ذلك فنحکم بثبوت الخیار حتی بعد بذل التفاوت۰

و أما الابدال بأن یشترط المشتری ابدال المبیع علی تقدیر التخلف علی نحو شرط النتیجة بأن یکون شیء آخر بدلا عن المبیع فی صورة التخلف من غیر أن یکون التبدیل بفعلهما بل یکون الابدال فی ظرف التخلف بهذا الا شتراط لان المبیع عین شخصیة فالابدال محتاج الی معاوضة جدیدة و مراضات جدیدة و هی منفیة کما هو واضح و نقل المصنف عن الشهید أن الأقرب الفساد و ذکر فی وجه ذلك أن البدل الذی یستحقه المشتری فی صورة التخلف ان کان بازاء الثمن بأن یرجع المبدل الی ملك البایع ویدخل البدل فی ملك المشتری بازاء الثمن فلازم ذلك أن ینفسخ البیع بهذا الشرط فی ظرف التخلف و تکون هنا بعد ذلك معاوضة جدیدة بین البدل والثمن ۰

ویرد علیه أولا أنه لا مقتضی هنا للمعاوضة الجدیدة بحیث یکون هنا بیع بدون الانشاء بل بمجرد الشرط السابق فی ضمن العقد ولم یدل دلیل

على صحة مثل هذا المعاملة من النقل و العقل و لم يقم عليه(على) صحته ارتكاز من العرف و العقلاء و لا مقتضي أيضا لانفساخ العقد بنفسه ٠

و ثانيا :أن دليل وجوب الوفاء بالشرط ليس مشرّعا حتى يدل على وجوب الوفاء بكل شرط بل مفاده أن كل ما كان ثابتا فى نفسه و مشروعا فدليل وجوب الوفاء بالشرط يلزمه حين الاشتراط و من الواضح أن اشتراط انفساخ المعاملة قبل تحققها بظهور التخلف شرط لم يثبت جوازه فى نفسه فيكون غير موافق للكتاب و السنة فيدخل تحت المستثنى فى قوله عليه السلام: اللّه الا شرطا مخالفا للكتاب و السنة ٠

و ثالثا :أن المعاوضة الوقعة بين البدل و الثمن على تقدير ظهور المخالفة معاوضة تعليقية أى ينشىء البيع على تقدير المخالفة فهو معاملة تعليقية فيحكم بالبطلان اجماعا ٠

و ان كانت المعاوضة واقعة بين المثمن و البدل بأن يكون البدل واقعا فى مقابل المبدل على تقدير ظهور المخالفة و تقع المعاوضة بينهما و فيه أنه مضافا الى عدم المقتضى لذلك بأن تقع هنا معاملة فى صورة المخالفة بغير معامل ،بل بمجرّد الاشتراط فى ضمن العقد و لا دليل على صحة ذلك بحسب نفسه من الآية و الرواية و السيرة و الارتكاز و كون المعاملة تعليقيه و هى باطلة أن المعاملة هنا غررية حيث ان المفروض جهالة المبدل و على أى تقدير أن الظاهر فى مثل ذلك أن يفسد الشرط و يفسد العقد أيضا ٠

و الحاصل : أن شرط الابدال على تقدير ظهور المخالفة على نحو شرط نتيجة لا يمكن تصديقه لأنه أمر غير مشروع فلا يكون مشمولا لدليل وجوب الوفاء بالشرط لأن مرجع ذلك الى انفساخ العقد بنفسه بمجرّد هذا الشرط و من الواضح ان انفساخ العقد بلا موجب لم يثبت جوازه شرعا فلا مقتضى

له على أن اشتراط انفساخ العقد فی نفسه قبل تحققه أمر غیر مشروع فلا یکون دلیل الوفاء بالشرط موجبا لکونه مشروعا ٠

أقول :أما بناء على کون الاشتراط من قبیل شرط النتیجة فالشرط وأن کان فاسدا لأن اشتراط انفساح العقد بدون سبب قبل فی عقد لم یتحقق بعد أمر لم یثبت فی الشریعة المقدسة قبل هذا الاشتراط فیکون من الشروط الغیر المشروعة و لکن یکون المقام ح من صغریات الشرط الفاسد ،فلایکون مفسدا للعقد الا بناء على کون الشرط الفاسد مفسدا للعقد وحیث ان الموافق للتحقیق و فتاوی المشهور عدم کون الشرط الفاسد مفسدا للعقد فلا یکون العقد فاسدا ، و دعوی کون العقد باطلا من جهة الغرر، حیث لم یعلم ان المبدل بأن وصف و بأی کیفیة دعوی جزافیة و ذلك لأن الظاهر أن الشهید قد تکلم فی صحة العقد و فساده من ناحیة الشرط الفاسد بعد الفراغ عن صحة العقد من بقیة الجهات،فیمکن ارتفاع الغرر هنا من جهة الاطمئنان بوصف المبدل من القرائن الخاریجة من توصیف البایع أو شخص آخر، فلم یصبح المبدل مجهولا حتى یکون البیع غرریا ثم ساق کلامه، أی الشهید الى أنه یفسد بالشرط الفاسدة أم لا ؟

و أما بناء على کون اشتراط الابدال من شرط الفعل بان یشترط المشتری على البایع أن یبدل المبیع بغیره على تقدیر التخلف کما هو ظاهر من کلام الشهید حیث عبر بلفظ الابدال و لا شبهة أن الظاهر منه هو ابدال البایع و هو فعل من افعاله ،فالظاهر ح أن العقد والشرط کلاهما صحیحان و لا وجه لکون الشرط ح فاسدا فضلا عن کونه مفسدا للعقد، بل هذا هو المتعارف فی السوق کثیرا حیث ان المشتری یشتری عینا شخصیة و یطمئن بکونها من الجنس الذی یریده و لکن یحتمل التخلف ویشترط علیه البایع الابدال على فرض التخلف، و لا شبهة أن الابدال فی نفسه معاوضة

مشروعة فی الشریعة المقدسة فیکون لازما بدلیل وجوب الوفاء بالشرط علی الاشتراط فان ظهرت المخالفة فأراد المشتری الابدال فأبدله البایع فبها و الاّ فیثبت للمشتری خیار تخلف الشرط فیفسخ العقد بذلك والعجب من الشهید (ره) کیف رضی معذلك بفساد الشرط و العقد بل هذا النحو من المعاملات من المعاملات المتعارفة کما هو واضح ·

نعم ، لو کان البیع من الاول واقعا علی المبدل علی تقدیر عدم المخالفة وعلی البدل علی تقدیر المخالفة ، و کان المبیع أمرا مرددا لکان العقد و الشرط باطلا ، للتعلیق کما تقدم فی شرائط العوضین ·

وعلی الجملة سواء قلنا بکون الشرط هنا من قبیل شرط النتیجة أو قلنا بکونه من قبیل شرط الفعل لا دلیل علی کونه مفسدا للعقد غایة الامر أنه علی فرض کون الشرط شرط النتیجة یکون الشرط فاسدا فقط ، وأما توهّم کون المعاملة غرریة فقد عرفت الجواب عنه و کذلك یکون هنا تعلیق ·

و حاصل الکلام : أن المحتمل فی کلام الشهید ثلاثة ، الاول: أن یکون مراده من شرط الابدال هو شرط الفعل کما هو الظاهر من ظاهر لفظ الابدال بأن یشترط المشتری علی البایع تبدیل المبیع علی تقدیر ظهور المخالفة و علی هذا فلا شبهة فی صحة الشرط و العقد کلیهما ، فان لم یظهر المخالفة کان العقد لازما و مع ظهور المخالفة یطالب المشتری الابدال فان بدّله فهو و الا کان له الخیار ، کما هو واضح ·

الثانی : أن یکون المراد من الاشتراط شرط النتیجة یعنی یشترط المشتری علی البایع المبادلة بأن یکون الثمن فی مقابل البدل أو تقع المبادلة بین المثمن والبدل ، بنفس هذا الشرط لا بشرط آخر و قد عرفت أنه علی هذا کان الشرط فاسدا لکونه مخالفا لشرع حیث ان اشتراط انفساخ العقد فی نفس ذلك العقد قبل تحققه لم تثبت فی الشریعة المقدسة وکذا انفساخ

بلا موجب، و تحقق معاوضة أخرى بلا سبب، فان كل ذلك لم يثبت فلا يكون مشمولا للعمومات و لكن قد عرفت أنه على هذا، و ان كان الشرط فاسدا الا أن المشهور بين المتأخرين أن فساد الشرط لا يسرى الى فساد المشروط كما هو واضح على أن الظاهر أن هذا الشق ليس مراد الشهيد لمكان الابدال فى كلامه الظاهر فى شرط الفعل ·

الثالث: أن يراد من الاشتراط التعليق من الاول بأن مبيع المبدل على تقدير عدم المخالفة و المبدل على تقدير المخالفة و على هذا وان كان البيع باطلا للتردد والتعليق، و لكن ليس ذلك محتمل كلام الشهيد وكيف كان فالظاهر من كلامه هو الشق الاول و عليه فلا وجه لما التزم به الشهيد من فساد العقد و الشرط، بل يصح كلاهما كما هو واضح ·

ثم أن هنا كلاما لصاحب الحدائق أشكل به على الشهيد و لكن فيه تهافت لا يمكن حله فانه ذكر فى صدر كلامه بعد نقل كلام الشهيد و بنائه على الفساد (أن ظاهر كلامه أن الحكم أعم من أن يظهر على الوصف أولا) أى أن ظاهر كلام الشهيد من الحكم بالفساد فى صورة الاشتراط أى من أن يكون مع ظهور المخالفة أو ظهور الموافقة ثم أورد على هذا الاطلاق بانه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط و مجرّد شرط البايع الابدال مع عدم ظهور الوصف لا يصلح سببا فى الفساد لعموم الاخبار المتقدمة و لعل مراده من الاخبار المتقدمة هو أخبار الخيار حيث انها تدل بالملازمة على الصحة مع عدم الخيار فى صورة عدم المخالفة و ليس المراد من دلالتها على الصحة بالملازمة أن لازم ثبوت الخيار فى البيع هو صحته و الا لم يكن وجه للخيار لأن مراده دلالة الاخبار على الصحة مع اللزوم لا عليها مع الخيار و هذا لا يجتمع الا مع الاحتمال الاول من الدلالة دون الثانى، و مع عدم الاخبار فلعمومات الايات غنى و كفاية، و كلامه الى هنا صريح فى أنه

يستشكل على الشهيد بانه لاوجه للقول بالبطلان على الاطلاق بل على تقدير ظهور المخالفة فقط، وهكذا ذيل كلامه حيث قال و بالجملة فانى لا أعرف للحكم بفساد العقد فى الصورة المذكورة على الاطلاق وجها يحمل عليه، و لكن ينافى ذلك ما صدر عنه (ره) فى وسط كلامه حيث قال : (نعم لو ظهر مخالفا فانه يكون فاساد من حيث المخالفة و لا يجبره هذا الشرط الاطلاق الأخبار فى الخيار ثم ذكر أن الاظهر رجوع الحكم بالفساد فى العبارة الى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهور و عدمه) حيث مدعاه فى هذه العبارة هو فساد العقد حيث قال : (نعم لو ظهر مخالفا فانه يكون فاسدا) و دليله يدل على ثبوت الخيار من غير فساد العقد حيث قال (ولا يجبره هذا الشرط لاطلاق الأخبار فى الخيار) و هذا مما لا يمكن حله .

قوله مسئلة : الظاهر ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد ، أقول: وقع الخلاف بين الفقهاء فى ثبوت خيار الرؤية فى غير البيع من الصلح و الاجارة وغيرهما وعدم ثبوته فذكر المصنف أنه يثبت فى كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح والاجارة و ذكر فى وجه ذلك أن المحتملات هنا ثلاث، و ليس هنا شق رابع ، و ذلك مع تبيع المخالفة .

فاما أن يحكم ببطلان العقد كما تقدم عن الأردبيلى فى بيع العين الغائبة .

و أما أن يحكم بلزومه مع عدم الخيار .

و اما أن يحكم بصحته مع الخيار أما البطلان فهو مخالف لطريقة الفقهاء فى تخلف الاوصاف المشروط فى المعقود عليه و أما احتمال اللزوم بدون الخيار فهو أيضا فاسد لأن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و حرمة نقضه و من المعلوم أن عدم الالتزام بترتيب أثر بالعقد على العين الفاقدة للصفات المشترطة فيها ليس نقضا للعقد ، و ح فيثبت الاحتمال

الثالث و هو صحة العقد مع الجواز و الخيار .

أقول : أن كان مدرك خيار الرؤية هو الشرط الضمنى على ماذكرناه فى أول المسئلة فلا شبهة فى ثبوته فى كل عقد تخلف فيه الوصف كجريان خيار الغبن فى كل عقد وقع فيه الغبن ، و لكن مع ذلك لا نحتاج الى التقسيم الذى ذكره المصنف على تقدير صحته فانه يشبه الأكل من القفاء ، بل يثبت الخيار ابتداء لتخلف الوصف كما هو واضح .

و ان كان مدركه هو النص و التعبد به فلا شبهة فى اختصاصه بالبيع و تقدم أن فيه قرينة على كون مورد خيار الرؤية قريبا من صورة تخلف الشرط حيث ان المشترى بعد ما رأى الضيعة و قبلها أو متشها فخرج فاستقال فلم يقبله فانه لو كان هنا اشتراط لما احتاج الى الاستقالة بل فسخ ابتداء لتخلف الشرط و على هذا فالخيار يختص بالبيع فقط فلا يجرى فى غيره .

ثم ان التقسيم الذى ذكره المصنف ليس بصحيح فان بطلان توهم بطلان العقد من جهة أن بناء الفقهاء ليس هو البطلان فى تخلف الاوصاف المشروطة فى المعقود عليه لا يستلزم ذلك جواز العقد و كونه خياريا ، بل يمكن أن يكون لازما .

و دعوى المصنف أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و لا يصدق النقض على عدم الوفاء مع تخلف الوصف لا يمكن المساعدة عليه فأنه .

فأنه أولا : أن عدم شمول دليل اللزوم عليه لا يكفى فى اثبات كونه جائزا بل لا بد فى ذلك من اثبات عدم اللزوم كما هو واضح .

و ثانيا : أن عدم شمول آية وجوب الوفاء بالعقد للمقام لا يدل على عدم شمول غيره لذلك لعدم انحصار دليل اللزوم بها فيكفى فى لزومه أحل الله البيع و تجارة عن تراض والروايات الدالة على لزوم العقد على ماتقدم .

و ثالثا : يكفى فى اثبات اللزوم استصحاب الملكية على مسلك المصنف

فانه مع الشك فی أن الملكية الحاصلة بالعقد ترتفع بالفسخ أم لا فنستصحب الملكية و نثبت اللزوم و على هذا فمقتضى القاعدة هو اللزوم فی غیر البیع و عدم جریان خیار الرؤیة فی غیر البیع کما هو واضح ٠

قوله مسئلة : لو اختلفا فقال البایع لم یختلف صفة ، أقول : فی توضیح المقام أن لهذه المسئلة صور ثلاث، و قد استشار الیها المصنف و ان لم یصرح بجمیع الاقسام :

الاول : أن یكون اختلافهما فی أصل الاشتراط بان ادعى المشتری اشتراط وصف فی المبیع من الكتابة و الخیاطة و البنایة و نحوها و ادعى البایع خلاف ذلك و كون البیع مطلقا ٠

الثانی : ان یتفقا على أصلا اشتراط و لكن كان الاختلاف فی متعلق الشرط بأن ادعى احدهما كونه خیاطة و یدعی الآخر كونه كتابة العبد و هذا فی النتیجة یرجع الى الاول ٠

الثالث: أن یتفقا على أصل الاشتراط و على اتحاد متعلقه و لكن یدعی البایع وجوده و ینكره المشتری أو یدعی البایع أنه كان موجودا فقد زال فیدعی المشتری أنه لم یكن موجودا أصلا ،أما الكلام فی الصورة الاولى و الصورة الثانیة التی مرجعها الى الصورة الاولى ،فذكر المصنف بما حاصله أنه اذا اختلف المشتری و البایع فی اشتراط وصف فی المبیع و عدمه أو فیما یرجع الى ذلك ، فالقول قول مدعی الخیار، لا من جهة أن مدعی الاشتراط تقدم قوله یثبت الخیار عند التخلف فان المصنف صرح هنا بأن الاصل هو عدم الاشتراط فانه اذا اختلف البایع و المشتری فی أصل اشتراط شرط فی البیع و عدمه فان أصالة عدم الاشتراط یدفعه فیكون البیع لازما بمقتضى العمومات بل من جهة ما أشار الیه هنا و صرّح به فی اوصاف المبیع أن الاوصاف التی اشترطت فی المبیع الشخصی راجعة الى التقیید أی تكون

العين الشخصية المبيعة مقيدة بهذه الاوصاف وان كان ذلك في صورة الاشتراط وعلى هذا فمرجع الاختلاف الى الشك في أصل تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقودة أو تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة أى أن المبيع كان مقيدة بصفات فهى مفقوده و قد كان البيع واقعا على المبيع المقيد بتلك الصفات أو أنه قد وقع بالموجود فعلا أو أعم من الصفات الموجود و المفقودة و من الواضح أن اللزوم من احكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثاني و الاصل عدمه و أما الطرف الآخر أعنى عدم التقييد فلا اثر له فليس اللزوم من أثاره حتى يترتب على نفسه اللزوم كما هو واضح ٠

اقول : يرد على المصنف : أولا : فساد المبنى حيث أنك قدعرفت سابقاً أنه لا معنى لتقييد العين الخارجية اذ الاطلاق و التقييد فيها مستحيل و غير معقول فلا ينقلب الشيء عن واقعه بالاشتراط وعدمه واذ نفيد ورالامر بين رجوع القيد الى أصل البيع بان يكون البيع على تقدير وجود الوصف الخاص في المبيع واتصافه به و بين رجوعه الى الالتزام بالبيع و حيث ان الأول يوجب البطلان لكونه تعليقا فهو خلاف المتفاهم العرفي من الاشتراط و خلاف ارتكازهم فيكون الثانى هو المراد فان بناء المتعاقدين على المعاملة الصحيحة لا على المعاملة الفاسدة فيكون الثانى هو المراد ، وعليه فيرجع الامر الى النزاع في أصل الاشتراط ليلزم من التخلف الخيار أوعدم الاشتراط فقد عرفت أنه(ره) التزم في هذه الصورة بعدم الخيار لأن الاصل عدمه ٠

و ثانيا : أنا لو سلمنا رجوع الاشتراط الى تقييد المبيع و اغمضنا عن استحالة ذلك ولكن لا نسلم كون مقتضى ذلك هو ثبوت الخيار للمشترى من جهة كون اللزوم من احكام البيع المتعلق بالعين من حيث كونها على هذا الوصف الموجود ،بل لنا أن نقول أن الخيار انما هو من اثرات تخلف الوصف

الذي اعتبر كون المبيع مقيدا به في البيع و من الواضح أنا لا نعلم بوجود هذا الاشتراط، بل نشك فيه فالاصل عدمه ، و لا يعارض هذا الاصل باصالة عدم كون العقد واقعا على العين الموجودة مطلقا لأن اللزوم ليس من آثار ذلك، بل اللزوم من مقتضيات طبيعة العقد ،فان طبع كل عقد على اللزوم حتى يثبت كونه جائزا خياريا ، كما هو واضح ٠

و دعوى أن الاصل عدم الاطلاق يكفي في عدم لزوم العقد فلا نريد أن نثبت الخيار حتى يقال ان اصالة عدم الاطلاق بالنسبة اليه مثبت فانها فاسدة لأن مقتضى هذا الاصل هو بطلان العقد بمثل تخلف الوصف وهو خلاف المفروض أن العقد صحيح على كل حال حيث ذكر المصنف سابقا أن ديدن العلماء و سيرتهم على عدم المعاملة في تخلف الاوصاف معاملة الفساد بحيث أن يحكموا في صورة تخلف أوصاف المبيع بفساد العقد ، بل حكموا بصحة العقد مع الخيار وعلى هذا فأصل صحة العقد مفروغ عنه و انما الخلاف في ثبوت الخيار في ذلك و عدم ثبوته بحيث يكون الاطلاق و التقييد من المتضادين يعني يدور الأمر بين وقوع العقد على العين الموجودة مطلقا أو مقيدا فيكونان من المتضادين و أما اذا عملنا بأصالة عدم كون العقد مطلقا فلا يكفي ذلك في عدم لزوم العقد و كفاية فسخت في الفسخ لأن المراد من الفسخ ليس هو لفظ فسخت فقط بحيث يكون له موضوعية بل المراد منه هو البناء على اعدام العقد وعدم استمراره ٠

و بعبارة أخرى أن المتبايعين كانا بانيين على المعاملة و المبادلة و النقل و الانتقال و بالفسخ يبنيان على عدم ذلك و من الواضح أن هذا المعنى لا يترتب على أصالة عدم وقوع العقد مطلقا ،فان ذلك من اللوازم الأعم لهذا الأصل لاحتمال أنه لم يقع هنا عقد أصلا فانه مع عدم وقوع العقد أيضا يصدق أن الأصل عدم وقوعه مطلقا وعلى تقدير وقوعه فمقتضى هذا الاصل

كما عرفت هو الفساد و المفروض أن العقد ليس بفاسد ،بل الصحة مفروغ عنها كما عرفت وانما الكلام فى كونه خياريا وعدمه و حيث كانت الصحةمفروغا عنها فاصالة عدم الاطلاق لا تثبت ثبوت الخيار الا بالملازمة و على هذا فيكون الاطلاق و عدمه من المتضادين كما عرفت فنفى أحدهما وان كان لا يثبت الآخر الا بالملازمة العقلية و يكون الاصل ح مثبتا و لكن أصالة عدم وقوع العقد على هذا الموجود فان الاول له اثر و هو عدم الخيار لأن الخيار كما عرفت مترتب على تخلف الوصف المشروط به فى العقد فالاصل عدمه وأما اللزوم فليس مترتبا على عدم كون العقد واقعا على هذا الموجود مطلقا بل من مقتضيات طبع العقد كما عرفت وعلى هذا فلا يصح بناء المصنف أيضا فتحصل أن ما ذكره المصنف لا يمكن المساعدة عليه مبناء و بناء فلابدّ من الحكم بلزوم العقد هذا على ما ذكره المصنف (ره).

و تحقيق الكلام و تفصيله أنا ذكرنا سابقا ان الخيار فى الحقيقة عبارة عن الاختيار وهو من الافتعال بمعنى طلب الخير و هذا المعنى هو المراد فى الخيارات المصطلحه و مرجع جعل الخيار فى العقود كالبيع مثلا الى انشاء الملكية المحدودة لما ذكرنا أن الاهمال فى الواقعيات محال فلابدّ، أما أن يكون المنشاء مطلقا أو مقيدا فحيث ان الاطلاق غير موجود مع جعل الخيار لأن المفروض أن المتبايعان أو أحدهما جعل لنفسه الخيار فقهرا تكون الملكية مقيدة أى محدودة بحد خاص و الى زمان خاص و هو زمان اختيار ذى الخيار فسخ ذلك العقد و مع هذا التقييد الفعلى لا يكون الاطلاق معقولا و ان كان معقولا بحسب نفسه قبل التقييد وعلى هذا فنشك فى أن الملكية هل وجدت مطلقة أو مقيدة فنقول ان الأصل عدم كونها مقيدة فنتمسك بالعمومات الدالة على اللزوم و لا يعارض ذلك باصالة عدم كونها مطلقة لنفى اللزوم لما عرفت أن اللزوم من مقتضيات طبع العقد لا من آثار

اطلاقه حتى يترتب على نفيه نفي اللزوم كما هو واضح .

و بعبارة أخرى أنه اذا اختلف البايع و المشترى فى اعتبار شرط فى البيع وعدمه أى اعتبار وصف فى المبيع وعدمه أو كان الاختلاف فى متعلق الشرط فلا يمكن التمسك هنا بعموم أوفوا بالعقود ، لا التمسك به هنا لاثبات اللزوم من قبيل التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية اذ لا نعلم أن الملكية الحاصلة هنا هل هى مطلقة ليجوز التمسك به أولا ولكن لا بأس من التمسك بما دل على حرمة التصرف فى مال الغير بدون اذنه و حرمة اكل المال بالباطل الا بالتجارة عن تراض وبقوله تعالى أحل الله البيع فان مقتضى ذلك أن التصرف فى مال الغير بغير تجارة عن تراض حرام الا فى موارد الخيار فان أكل ذى الخيار مال الطرف الاخر بالفسخ ليس بحرام و لكن نشك فى مورد اختلاف المتبايعين فى جعل الشرط وعدمه أن الملكية المنشائه مطلقة لئلا يكون له الخيار فبناء على ما ذكرناه من معنى الخيار فالاصل عدم تحقق الملكية المقيدة فتمسك بعموم ما دل على حرمة أكل مال الغير بغير تجارة عن تراض فلا يكون الفسخ مؤثرا و لا يلزم ح محذور التمسك بالعام فى الشبهات المصداقية بأن يدعى أن هذا المورد لا نعلم أنه من القسم الخارج عن العموم أم لا ،فيكون التمسك بالعام من قبيل التمسك به فى الشبهات المصداقية فهو لا يجوز .

و حاصل الكلام أن البحث هنا يقع فى جهتين ، الاولى فيما كان الاختلاف فى أصل الاشتراط وعدمه أو فيما يرجع الى ذلك كأن يكون الاختلاف فى متعلق الاشتراط مع الاتفاق على أصل الاشتراط .

الثانى : أن يكون الاختلاف فى وجود متعلق الشرط وعدمه مع الاتفاق على أصل الاشتراط و متعلقة كان يقول البايع أن المشروط هو خياطة العبد و هى موجودة و يقول المشترى أنها معدومة أو يقول البايع أنها كانت حين

البيع موجودة فقد انعدمت و يقول المشترى لم تكن موجود.

أما الكلام فى الجهة الاولى فقد عرفت كلام المصنف وجوابه وأما تحقيق المسئلة و محصل الكلام بعد كون الخيار راجعا الى تقييد الملكية فلا شبهة فى معارضة أصالة عدم الملكية المطلقة مع أصالة عدم انشاء الملكية المقيدة اذا لاحظنا الاطلاق و التقييد بحسب انفسها و أما اذا لاحظنا اصالة عدم الخيار والملكية المقيدة مع ملاحظة العمومات الدالة على حرمة اكل مال الغير بغير تجارة عن تراض و بلا طيب نفس فلا معارضة بينهما لعدم الأثر فى أصالة عدم كون العقد مطلقا فان اللزوم يفهم عموم حرمة الاكل واصالة عدم وجود الخيار لمدعيه ينقح موضوع العام فقد عرفت أن مرجع جعل الخيار فى البيع الى تقييد الملكية المنشأة أى انشاء الملكية المحدودة بعدم الفسخ و لا ينافى ذ لك بكون الملكية مطلقة أى فى جميع الازمنة على تقدير عدم الفسخ فلا يرد ان البيع الى زمان معين ليس بصحيح و قد تقدم تفصيل ذ لك و على هذا فاصلة عدم كون المنشأ هى الملكية المقيدة معارضة مع أصالة عدم كون الملكية هى الملكية المطلقة فلكل منهما أثر خاص فيسقطان للمعارضة لا يقال ان اصالة عدم كون العقد مطلقة تجرى فيترتب عليه ثبوت الخيار من غير احتياج الى اثبات الخيار حتى يلزم كونها من الاصول المثبتة و لا شغل لنا باصالة عدم كون الملكية مقيدة لتلزم المعارضة وان كان بينهما معارضة من حيث لحاظ الاطلاق و لحاظ التقييد و لكن لا يترتب عليها أثر فانه يقال قد عرفت أنه لازم ذ لك هو بطلان العقد و المفروض صحته و أن الفسخ ليس نفس فسخت حتى يترتب على أصالة عدم الاطلاق بل اعتبار العقد كالعدم و لا يثبت ذ لك بأصالة عدم الاطلاق الآ على القول بالاصول المثبتة و كيف كان فلا شبهة فى معارضة الاصلين من حيث النظر الى الملكية المطلقة و الملكية المقيدة.

نعم ،لا ما نع من جريان أصالة عدم التقييد و احراز أن العقد لم يقع بالمقيد ثم التمسك بالعمومات الدالة على لزوم كل عقد.

و توضيح ذلك أنه ثبت فى الشريعة المقدسة أنه لا يجوز التصرف فى مال آحد الا باذنه و أنه لا يحل أكل مال الغير الا بالتجارة عن تراض و اذا باع أحد ماله من شخص آخر فى مقابل ثمن خاص فيكون كل منهما مالا للآخر فيحرم لكل منهما بعد ذلك أن يتصرف فيما انتقل الى غيره و يأخذه منه الا أن يكون هنا أيضا تجارة عن تراض و قد خرج عن تلك العمومات ما اذا جعل المتعاقدان لنفسهما أو لاحدهما الخيار أو جعل الشارع لأحدهما أو لهما خيارا فى البيع مثلا كخيار المجلس فانه ح يجوز لمن له الخيار أن يأخذ مال صاحبه بالفسخ و بغير تجارة عن تراض و بغير طيب نفس منه وعلى هذا فاذا شككنا فى أن العقد هل وقع على المطلق أوعلى المقيد أى المنشأ هل هو ملكية مطلقة أو ملكية مقيدة فنجرى أصالة عدم وقوعه على المقيد فنحرز بها موضوع التمسك بتلك العمومات و ليس لأصالة عدم وقوع العقد على المطلق ح أثر حتى تكون معارضة بذلك و ان كانتا متعارضتين بحسب انفسهما لأن الأثر مترتب على عدم التقييد فقط لا على عدم الاطلاق و العام ليس أمرا وجوديا ليلزم احرازه و لا يمكن التمسك به و يكون الاصلان متعارضان بخلاف الخاص فانه أمر وجودى وجب احرازه و لا يلزم من ذلك التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية اذ بالأصل نحرز أن الأمر الوجودى الذى هو حق فسخ العقد ليس لمن يدعى الخيار فيتحقق به موضوع التمسك بالعام.

و بعبارة أخرى أن الشارع قد حكم بحرمة اكل مال الناس مطلقا الا أن تكون تجارة عن تراض ، و الا عن يكون بغير جعل حق الفسخ فى البيع مثلا غايته أن الثانى مخصص منفصل فهو كالمتصل و اذا شككنا فى مورد فى

ثبوت حق الفسخ لأحد المتعاملین فننفیه بالأصل لأن الخارج عن العام أمر وجودی فکلما شککنا فیه فالأصل عدمه و لیس عنوان العام امرا وجودیّا أیضا حتی یحتاج الی الاحراز فیجری فیه الاصل أیضا ، بل هو أمر عدمی و هو عدم جواز أکل مال الغیر و حرمة التصرف فیه بدون اذنه فلیس للأصل فی ناحیة الاطلاق هنا أثر و علی هذا فلا مانع من احراز موضوع تلك العمومات بالأصل ثم التمسك بالعام و ذلك نظیر ما اذ شککنافیثبوت الخیار الشرعی فی معاملة مثلا فانه نتمسك بالعمومات فنحکم باللزوم کما اذا شك فی ثبوت خیار الحیوان فی الصلح مع عدم کونه بیعا کما هو واضح ، نعم لا یمکن التمسك هنا بعموم أوفوا بالعقود فان الآیه تدل علی الوفاء بکل عقد و هو انتائه أمده و عدم انهدام الالتزام به و من الواضح أن الالتزامبالعقد التزام واحد اما یتعلق بالملکیةالمطلقة أو یتعلق بالملکیة المقیدة فالایة تدل و تلزم علی انهاء ما تعلق به الالتزام ان مطلقا فمطلقاانمقیداًفمقیدا فلابدّ ح من احراز ذلك من الخارج فحیث لم یحرز أن الالتزام علی أی کیفیة هنا فلا یمکن التمسك بالایة و اثبات اللزوم بها فی المقام کماهوواضح و هذا بخلاف بقیة العمومات المتقدمة فانك قد عرفت أنها تدل علی حرمة أکل مال الغیر و عدم جواز التصرف فیه بدون اذنه فی جمیع الاوقات و الحالات والازمان و قد خرج عن ذلك خصوص ما ثبت لاحد المتبایعین أو کلاهما حق الفسخ و أخذ مال صاحبه اما بجعل منهما أو بجعلمنالشارع و هو أمر وجودی اذا شککنا فیه فالاصل عدمه حتی أن نحرزه و لا یعارضه الاصل فی طرف الاطلاق لعدم ترتب الاثر علیه اذ عنوان العام أمرعدمی اعنی عدم جواز التصرف فی مال الغیر ، فلایلزم احرازه ای لم یترتب الاثر علی احرازه حتی ننفیه بالاصل و نحکم بعدمه ما لم نحرز وجوده قطعا .

و أما الجهة الثانیة أعنی الاختلاف فی أن ما تعلق به الشرط موجود

أم لا ففى هنا ينعكس المطلب فيقدم قول مدعى الخيار حتى يثبت مدعى اللزوم دعوه و الوجه فى ذلك أن ما تعلق به الشرط قد يكون وصفا مفارقا و قد يكون وصفا غير مفارق ٠

أما الاول فكالخياطة و الكتابة و نحوهما فاذا وقع الاختلاف فى وجود مثل تلك الاوصاف فالاصل عدم تحقق تلك الاوصاف الى زمان البيع فيثبت أن البيع لم يقع على العبد الكاتب٠

و بعبارة أخرى وقوع العقد على العبد محرز بالوجدان و عدم وقوعه على الكاتب محرز بالاصل فليتئم الموضوع المركب فيترتب عليه حكمه وعلى هذا فيثبت للمشترى فى هذه الصورة الخيار و كذا للبايع لو كان وصف من أوصاف الثمن مورد للاختلاف على هذا النحو و الوجه فى كون الاصل هنا مع مدعى الخيار أن تلك الاوصاف امور مسبوقة بالعدم و لها حالة سابقة فمع الشك فيها يستصحب عدمه ٠

و أما الثانى : أعنى ما كان مورد الاختلاف فى الأوصاف الغير المفارقة فكالقرشية و ككون الحنطة من المزرعة الفلانية و هكذا ففى هنا و ان لم يكن لتلك الاوصاف حالة سابقة لأن الحنطة الخارجة من العدم الى الوجود اما خرجت متصفة بكونها من مزرعة فلانية أو غير متصفة بكونها من المزرعة الفلانية و لكن نحن نقول بجريان الاستصحاب فى الاعدام الازلية و أن الاصل عدم اتصاف الحنطة بكونها من مزرعة فلانية فيما خرجت من العدم الى الوجود كما هو كك فى القرشية ٠

قوله مسئلة : لو نسج بعض الثوب، أقول : قد ذكر غير واحد من الفقهاء هنا فرعا و هو انه لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن يسنج الباقى كالاول بطل كما عن المبسوط و القاضى و ابن سعيد و العلامة فى كتبه و جامع المقاصد و عن المختلف صحته و قد ذكر المصنف أنه لا يحضرنى المختلف

الان حتى أتأمل فى دليله و لكن ذكر بعد اسطر أن الظاهر لم يفى كلمات المختلف فى بعض صور للتى ذكرها و الذى يخطر بالبال أن النزاع هنا لفظى لأنه من البعيد جدا أن يلتزم شيخ الطائفة و نظائره على البطلان فيما لابدّ من القول بالصحة و يلتزم العلامة بالصحة فى مورد ، لابدّ فيه من البطلان و توضيح ذلك أن الشقوق المتصور فى هذا الفرع أربعة ، ألاول : أن يبيع البايع المنسوج الشخصى الذى موجود مع منسوج آخر كلى فى الذمة مثل ذلك المنسوج الخارجى فيكون المبيع مركبا من الشخصى و الكلى ،فالظاهر أنه لا شبهة فى صحة هذا القسم ولا يتوهّم أحد بطلان بيع الكلى و لا يحتمل قول الشيخ بالبطلان هنا ،وعليه فان كان المنسوج الآخر مثل المنسوج سابقا فهو ،و الا فلابدّ للبايع من تبديله و يطالبه مثل المنسوج الأول و لا يثبت الخيار للمشترى ، نعم لوكانت الهيئة الاتصالية لها مدخلية فى زيادة الثمن ثبت له خيار تخلف الوصف و تبعض الصفقة كما هو واضح ٠

الثانى : أن يبيع هذا المنسوج الموجود الخارجى الشخصى مع مقدار خاص من الغزل الخارجى الشخصى أيضا و لكن يشترط المشترى على البايع نسجه مثل الاول و هذا أيضا لا شبهة فى صحته لأن الشرط سائغ غير مخالف للكتاب و السنة ،و لا فيه جهالة ليوجب البطلان من جهة الغرر و عليه فاذا تخلف الشرط ثبت للمشترى خيار تخلف الشرط ،كما هو واضح ٠

الثالث: أن يبيع المنسوج الخارجى الشخصى مع مقدار معين من الغزل الكلى فى الذمة و لكن يشترط المشترى على البايع أن ينسجه مثل الاول ففى هنا أيضا لا طريق الى البطلان مع معلومية الشرط و مشروعيته ولا يحتمل أن يقول الشيخ و أضرابه بالبطلان هنا وعليه فاذا تخلف لا يثبت الخيار للمشترى ابتداء الا اذا انجز الى تخلف الوصف و تبعض الصفقة الموجب

لقلة مالية المبيع كما هو واضح ٠

الرابع: أن يبيع الثوب مع غير المنسوج من غير أن يدخل تحت أحد العناوين المتقدمة و هذا باطل، لأنه بيع أخر غير موجود و مبيع معلق و قد دلت الأخبار الكثيرة على بطلان بيع ما ليس عندك و من واضح أن هذا منه و أما بيع الكلى فقد خرج عن بيع ما ليس عندك و هو محكوم بالصحة كما أن السلم كك أى كالكلى و المظنون فلا اقل من الاحتمال أن النافين لصحة البيع فى هذا الفرع كالشيخ و نظائره ناظرين الى الوجه الأخير و مثبت الصحة كالعلامة فى المختلف ناظر الى الوجوه الثلاثة الاول و اذن فالنزاع لفظية و على تقدير أن لا يكون النزاع لفظيّا فالحق هو ما ذكرناه كما هو واضح ،هذا تمام الكلام فى خيار الرؤية ٠

فى خيار العيب

قوله: السابع : خيار العيب، أقول : قد تسالم الفقهاء على صحة البيع مع الجهل بصفة المبيع التى من أوصاف الصحة ،و قالوا اذا تخلف ثبت فيه خيار العيب و يمتاز هذا الخيار عن بقية الخيارات بأن من له الخيار فى بقية الخيارات مخيّر بين الامضاء و الفسخ و لكنه هنا مخير بين الفسخ و الامضاء مجانا أو مع العوض، و لكن وقع الاشكال فى ذلك بأنه يلزم ح أن يكون البيع غرريّا فيكون باطلا و قد أجاب المصنف عن ذلك بانه انما يكون البيع غرريّا اذا لم يكن هنا ما تحرز به صحة المبيع و لا شبهة فى أنها تحرز بأصالة الصحة و السلامة و اذا استند المتبايعان الى أصالة السلامة فيرتفع الغرر و يكون البيع صحيحا و اذا ظهر العيب فى المبيع فيكون للمشترى خيار العيب لتخلف الشرط الضمنى الارتكازى الذى ترك التصريح به اعتمادا على

اصالة الصحة.

و لكن يرد عليه أنه لا دليل على اصالة السلامة فی ألامتعةبوجه حتى يمكن الاستناد اليه فی ذلك و توهم استصحاب الصحة اذاكانتأمراوجوديا فاسد لأن عدم الصحة أيضا أمرا وجودی و التقابل بينهما هوالعدموالملكة فلا يجری الاستصحاب فی طرف واحد نعم الأصل الأولى فی الاشياء مع قطع النظر عن جميع الطواری هو أن يكون سالما فی العيوب كما أن الاصل فی جميع الاجسام أن يكون كرويّا مع قطع النظر عن الزواجر و القواسر الخارجية فان نسبة الهواء اليها على حد سواء و مع ذلك فالغالب فی الاشياء هو عدم الكروية و قد عرفت ذلك فی أول الخيارات و فی المقام أيضا نقول أن الاصل فی الاشياء و ان كان هو الصحة و السلامة و لكن مع ذلك أن الغالب فيها غير الصحة لأنا نشاهد بالوجدان و نرى بالعيان أن أغلب الاشياء معيوب و سقيم وغير صحيح و على هذا فكيف يحرز باصالة الصحة أن المبيع سالم عن العيب و ليس بغرری و خطری و مع كون أغلب الاشياء صحيحة و غير معيبة فايضا لا يمكن رفع الغرر عن البيع بذلك لأن هذا لا دليل على اعتباره الا من باب أنه يفيد الظن و لو من باب أن الظن يلحق الشیء بالأعم الأغلب و من الواضح أنه لا يغنی من الحق شيئا ويبقى دعوى الاجماع على صحة البيع فی المقام بان يقال ان الاجماع قد قام على صحة البيع فی المقام بغير اشتراط فيكون ذلك مخصصا للنهی عن بيع الغرر بمعنى أن البيع الغرری باطل الاّ فيما تعامل المتعاملان على المبيع بغير الوصف الصحة فاذا ظهر فيه عيب ثبت خيار العيب للطرف ولكن ثبوت الاجماع التعبدی على ذلك بعيد جدا و الحكم بفساد هذه البيوع الواقعة على الاشياء بغير علم بجميع أوصافها أبعد فتصبح أن المسئلة تكون مورد اشكال قوی و دعوى امكان احراز ذلك فی ما اذا كانت الحالة السابقة فی

المبيع الصحة فاسد اذ استصحاب الصحة لا يرفع الغرر فان الغرر هو الخطر و هو أمر نفساني ،فلا يرتفع بالاستصحاب كما لا يخفى ،و لكن يمكن الجواب عنه على مااخترناه في ارتفاع الغرر بالخيار على ما تقدم خلافا للمصنف و جميع من تأخر عنه حيث ذهبوا الى أن الخيار من الأحكام الشرعية الثابتة على العقد الصحيح أى من أحكام العقد الصحيح فلا يرتفع الغرر بذلك فان العقد بعد كونه صحيحا لا يعقل أن يكون غرريا لأن غررية العقد توجب بطلانه ٠

و لكن قد ذكرنا سابقا أن مالا يرتفع الغرر بالخيار انما هو الخيار المجعول بجعل الشارع كخيارى المجلس و الحيوان و أما الخيار المجعول بجعل المتعاملان فلا شبهة في ارتفاع الغرر به ،لأن الغرر على ما عرفت هو بمعنى الخطر فاى خطر في اقدام الشخص على شراء شيء مع جعل الخيار لنفسه بان يشترط كونه على وصف كذا و اذا ظهر على الوصف فهو و الا فله الخيار فلا يكون المشترى بعد هذا الاشتراط الذى لازمه جعل الخيار في خطر اصلا و لا يتوجه عليه محذور كما هو واضح ٠

وعلى هذا المسلك يسهل لنا دفع الاشكال المتوجه على البيوع المتعارفة أعنى اشكال غرريتها ،نعم يصعب على مثل الشيخ (ره) دفع ذلك كما عرفت ٠

و توضيح ذلك أن المتبايعين حين الاقدام على المعاملة قد اشترط كل منهما على الآخر بحسب ارتكازهما كون العوض سالما عن العيوب كما اشترط كل منهما كون كل من الثمن و المثمن مساويا للآخر كما تقدم و اذا تخلف هذا الشرط كان للمشروط له خيار تخلف الشرط و على هذا فالمشترى مثلا و ان لم يعلم بأوصاف الصحة للمبيع و لكن قد اشتراه مشترطا على البايع كون ذلك صحيحا عن العيوب و اذا ظهر على خلاف ما اشترط عليه كان له

الخيار فأى غرر و خطر فى هذه المعاملة فانه مع ظهور المبيع سالما فلا غرر و لا خطر و مع ظهوره غير سالم فأيضا لا خطر هنا فان الفرض أن له الخيار فاذا لم يرد يفسخ المعاملة كما هو واضح ، فلا يقع فيه الغرر كما اذا صرّح بهذا الشرط فى ضمن البيع فهل يتوهم أحد أن البيع هنا غررى ولا شبهة أن الشرط الضمنى كالاشتراط صريحا كما هو واضح ،وعلى هذا البيان لا ريب أن خيار العيب من فروع خيار تخلف الشرط لا من الخيارات المقابلة لخيار تخلف الشرط كخيار الحيوان و التأخير و الرؤية و نحوها غاية الأمر ثبت هنا الأرش للرواية الخاصة و بالجملة على هذا المسلك فخيار العيب الذى ثبت فيه الأرش قسم من خيار تخلف الشرط وعلى هذا أيضا لا يفرق فى كون الخيار خيار عيب مع ظهور العيب فى المبيع بين أن يكون الشرط بحسب الارتكاز أو غيره و يدل على هذا التعميم الروايات منها صحيحة زرارة(١) عن أبى جعفر عليه السلام :الله قال((أيما رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار لم يتبرّ اليه و لم يبيّن له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء انه يمضى عليه البيع و يردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به)) فأن اطلاق هذه الرواية و غيرها هو ثبوت خيار العيب للمشترى مع الاشتراط صريحا ايضا و ان لم يقتصر فيه بالشرط الضمنى و انما ليس له حق الرجوع بالفسخ للتصرف فلا يلزم من التصريح بالشرط أن يكون الخيار خيار تخلف الشرط ، بل يكون خيار خيار عيب فيرتب عليه حكمه ، ثم ان خيار العيب وان كان من مصاديق خيار تخلف الشرط و لكن مع ذلك فرق بينهما فانه قد عرفت سابقا أنه لا دليل على مسقطية التصرف فيه بخلافه هنا فان الرواية دلت على أن احداث الحدث

---

(١) وسائل : ج ١٢ ،ص ٣٦٢ ، حد ٢ .

يوجب سقوط الخيار و يبقى حق مطالبة الأرش فقط للمشترى

لا يقال أن هذه الرواية لا تدل على سقوط خيار الشرط بل الساقط خيار العيب و يبقى خيار تخلف الشرط على حالة كما لا دلالة فيها على سقوط خيار الحيوان .

فانه يقال انه فرق بين خيار العيب و خيار الحيوان فان خيار العيب غير خيار تخلف الشرط، كما عرفت، فمستطية التصرف قد جعل فى مورد خيار تخلف الشرط فلا يعقل بقائه بعد التصرف بخلف خيار الحيوان فانه اخص من خيار تخلف الشرط فلا يمكن كشف سقوطه من اطلاق قوله عليها لسلام فان أحدث فيه حدثا فله الأرش دون الفسخ على ما هو مضمون الرواية ، و قد عرفت سابقا أن الخيار لا يتقيد بسببه حتى أن يقال ان موارد المقيد بكذا قد سقط .

هكذا ينبغى أن يحرز المقام ثم ان ما ذكرناه يظهر أن ثبوت خيار العيب ليس من جهة انصراف المبيع الى الفرد الصحيح حتى يجاب عنه تارة بأنه لو تم الانصراف بما يختص بالمقام، بل يتم فى سائر الموارد أيضا من مطلق تخلف الشرط الذى هو مورد خيار تخلف الشرط و غيره ، و يجاب اخرى كما فى المتن بانه لو تم الانصراف فلازم ذلك بطلان العقد ، لأن ما وقع عليه العقد اعنى الصحيح ليس بموجود و ما هو موجود فليس بمبيع فيكون المقام كتخلف الصور النوعية كما هو واضح .

ثم انه أيّد المصنف كون ثبوت خيار العيب أعم من صور الشرط الضمنى الارتكازى و من صورة التصريح بالشرط برواية يونس فى رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء ، قال : يردّ عليه فضل القيمة وعلّل التعميم بأن اختصاره عليه السلام على أخذ الارش الظاهر فى عدم جواز الرد يدل على أن الخيار خيار العيب و لو كان هنا خيار تخلف الاشتراط لم يسقط

الرد بالتصرف مع أن الاشتراط فرض فى الرواية صريحا كما هو ظاهر قوله عليه السلام: الّله على أنها عذراء و لا يرد عليها أن الاشتراط هنا لم يكن صريحا، بل ارتكازيا لئلا تعم الرواية صورة الاشتراط صريحا، وذلك لماعرفت أن ظهور قوله على أنها عذراء هو الاشتراط الصريح، و الحاصل اشكل على الرواية ثانيا بانه لو سلمنا كون على أنها عذراء ظاهرا فى صورة الاشتراط و لكن لم يفرض فى الرواية سقوطه بالتصرف ليكون ذلك خيار عيب و أيضا لا يرد على أن الخيار خيار تخلف الشرط لا خيار العيب حتى يقال أنه أعم من صورة الاشتراط صريحا و عدمه و دعوى أنه لو كان الخيار خيارالاشتراط لم يسقط بالتصرف و قد فرض فى الرواية سقوطه بالتصرف و ثبوت الأرش فقط دعوى غير صحيحة لأنه لم يفرض التصرف فى الرواية لو سلمناكون هنا اشتراط و الجواب عن ذلك هو التصرف مفروض فى الرواية حيث أن الظاهر من قوله عليه السلام فلم يجدها عذراء أنه تصرف فيه و لم يجدها عذراء، لا أنه علم بذلك بالعلم الخارجى من البينية و نحوها فانه لا يطلق الوجدان على ذلك بل يقال علمها و عرفها و لا يطلق ذلك على المعرفة الحاصلة من العلم الخارجى، و على كل حال فالرواية ظاهرة فى التصرف فلا يرد على كون المفروض فى الرواية هو خيار العيب بقرينة سقوطه بالتصرف و ثبوت الأرش فقط أنه لم يفرض التصرف فى الرواية.

بل الجواب عن تأبيد المصنف أنه ليس وصف الثيبوبة عيبا فى المرأة ليكون وصف العذرائية من أوصاف الصحة، بل هو من وصف الكمال، فان العيب ما يكون نقصا فى البدن فذهاب البكارة لا يوجب النقص فى البدن و الاّ يلزم كون اكثر النساء معيوبة و عليه فلا يكون الخيار فى مفروض الرواية خيار عيب، بل خيار تخلف الشرط غاية الأمر لو كانت الرواية صحيحة لكانت دالة على ثبوت الأرش فى مورد خاص من مصاديق خيار تخلف الشرط و

سقوطه بالتصرف كما يثبت الأرش بذهاب البكارة في النكاح ، يعني ينقص من المهر ما بين تفاوت البكر و الثيّب و سيأتي التعرض لكون الثيبوبة عيبا أم لا في العيوب ؟

قوله : مسئلة : ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشترى على الردّ و اخذ الأرش ، أقول : قد تسالم الفقهاء على كون المشترى مخيرا بين فسخ العقد و امضائه مجانا ، أو مع العوض ، و لكن لم يوجد في الأخبار ما يدل على ذلك ، و لذا ذكر في الحدائق أن اثبات التخيير بين الفسخ والامضاء مع الأرش من الاول بالاخبار مشكل و ان اتفق الفقهاء على التخيير من الاول و ذكر أنه لم يتنبه على هذه النكته أي عدم انطباق فتوى الفقهاء على الروايات قبلي أحد و ما ذكره صاحب الحدائق قويّ جدا لأن الأخبار انما تثبت الأرش بعد التصرف الموجب لسقوط الخيار لا قبله و عليه فالحكم قبل التصرف هو الخيار فقط من دون أن يكون للمشترى حق مطالبة الأرش ، نعم ان كان هنا اجماع تعبدى يوجب التخيير من الأول فهو و الاّ فما ذكره الأصحاب مشكل جدا و لكن اثبات الاجماع أيضا مشكل فانه يحتمل أن يكون مدركه الوجوه الاعتبارية أو توهّم دلالة الاخبار على ذلك ، و ذكر المصنف أنه قد يتكلف اثبات التخيير من الاول بوجهين :ـ

الاول : استفادة حكم ذلك من الاخبار بدعوى أنها تدل على الردّ أعم من رد المبيع أو الأرش و أشار الى ذلك بأنه يصعب استفادة ذلك من الاخبار وغرضه أن يدعى أن المراد من الرّد في الاخبار ردّ المبيع في الجملة أعم من أن يكون بالرجوع بتمام الثمن بان يفسخ أو بالرجوع بالارش فان أخذ الأرش أيضا رد للمبيع في الجملة حيث لم يبقه على حاله من مقابلة المبيع بتمام الثمن و فيه أولا أن الظاهر من الردّ في الاخبار هو رد المبيع و لا يصدق رد المبيع على أخذ الأرش و هو واضح على أن الوصف لا يقابل

بالثمن کما سیأتی ٠

الوجه الثانی : أن نفس وصف الصحة انما هویقابل بجزء من الثمن فمن الأول یکون الثمن فی مقابل العین و وصفه و اذا ظهرت المخالفة أی ظهر عیب فی المبیع کان المشتری مخیرا بین ردّ ما قابل الوصف من الثمن و بین فسخ العقد کما هو واضح ٠

و اشکل علیه المصنف : ان وصف الصحة و ان کان یوجب الزیادة فی المالیّة و لکن لا یکون الثمن واقعا فی مقابل الوصف، بل یکون واقعا فی مقابل العین، و الوصف واسطة لثبوت المالیة للعین و کذا لا یملك المشتری علی مطالبة عین الثمن، بل یطلب التفاوت مع فقدان وصف الصحة مع أنه لو کان الوصف یقابل بالثمن کان للمشتری مطالبة جزء من شخص الثمن الذی وقع فی مقابل الوصف، و هذا الذی ذکره المصنف متین جدا ،علی أنه لو کان وصف الصحة یقابل بجزء من الثمن ،فای فرق بین هذا الوصف وبین بقیة الاوصاف کالاوصاف الکمالیة ،کما هو واضح ٠

ثم ذکر المصنف أنه قد یکون الثمن غیر واقع فی مقابل الجزء أیضا فضلا عما هو شرط واقعا و هذا فیما اذا کان الجزء مأخوذا فی العقد علی نحو الشرطیة کما اذا قال البایع بعتك ألارض الفلانیة علی أنها جربان معینة، فظهر خلاف ذلك أو قال بعتك الحنطة الفلانیة علی أنها منان فظهر أنها من، فذکر أنه فی هذه الصورة أیضا ثبت للمشتری خیار تخلف الشرط ، و لیس له مطالبة جزء من الثمن بحیث یکون الخیار خیار تبعض الصفقة ٠

و لکن ما ذکره المصنف لا یمکن المساعدة علیه فان المناط فی کون شیء شرطا فی المعاملة أو جزء لیس هو الذکر فی اللفظ، بل المناط هو اللب و الواقع و من الواضح أن المبیع فی مثل الأمثلة المذکورة هو جمیع أجزاء الارض و الحنطة و قد تقدم فی شرائط العوضین أن المبیع ینحل الی أمور متعددة

كما هو واضح .

وعلى الجملة أن الصورة وان كانت صورة شرط و لكن الواقع أن المذكور بعنوان الشرطية هو جزء المبيع فيكون البيع مع التخلف عن المقدار المذكور منحلا الى بيوع متعددة كما هو واضح ، فما ذكره المصنف ثانيا من الاشكال ليس بصحيح .

ثم انه ذكر في المبسوط أن أخذ الارش مشروط باليأس عن الرد فان كان مراده من اليأس هو تحقق ما يمنع عن الرد كالتصرف ونحوه من المسقطات فهو يرجع الى ما ذكرناه و ما ذكره صاحب الحدائق و هو متين ، و الّا فان كان مراده أنه مع اليأس عن الردّ و لو مع بقاء الخيار فهو منطبق على ما ذكره المشهور و لا دليل عليه وعلى الجملة فلا دليل لما ذهب اليه المشهور من التخيير بين الردّ و الأرش من الاول ، نعم في الفقه الرضوي ما يدل على ذلك كما ذكره في المتن و الحدائق بناء على عدم زيادة كلمة الهمزة بين كلمة و ان شاء أخذه و بين كلمة رد بان يكون العطف بالواو لا بأو ليكون للتخيير ، و لكن قد عرفت في أول الكتاب مفصلا عدم اعتبار فقه الرضوي .

ثم ان ظهور العيب في المبيع هل هو كاشف عن الخيار و أن الخيار ثابت من زمان وجود العيب أو أنه مثبت للخيار و تظهر الثمرة بينهما فيما اذا اسقط المشتري خياره قبل ظهور العيب فانه على القول بكونه كاشفا عنه فلا شبهة في جواز الاسقاط فلا يلزم اشكال اسقاط ما لم يجب ، و أما على القول بكونه مثبتا للخيار فلو اسقط قبل ظهور العيب يلزم منه اشكال اسقاط ما لم يجب ، و لكن قد عرفت سابقا أنه لا محذور في ذلك أصلا ولا دليل على عدم جواز اسقاط ما لم يجب الا أنه قام الاجماع و تحقق الارتكاز على بطلان التعليق في المعاملات و شيء منهما لا يجري في المقام بعد وجود المقتضي للخيار الذي سقط .

و أما أن ظهور العيب كاشف عن الخيار أومثبت، فنقول الذى يظهر من الأخبار أنه كاشف عن ثبوت الخيار فان الظاهر من قولهم من اشترى شيئا و وجد فيه عيبا فله الرد، على ما هو مضمون الرواية أن للوجدان طريق الى الواقع و ليس له موضوعية فى ثبوت الخيار كما هو المتفاهم العرفى من أمثال ذلك، فانه لو سئل المفتى عن مثل ذلك فلا يتوهمّ أحد أن الوجدان له موضوعية فى ثبوت الخيار من حين الوجدان، بل هو كاشف عن ثبوت ذلك من الاول و مرآت عليه و مع الاغماض عن ظهور هذه الاخبار فى ما ذكرناه و لكن يكفى فى الدلالة على ما نقوله ما فى الصحيح عن أبى جعفر عليه سلام الله: أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرء اليه و لم ينبه فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العوار و بذلك العيب فانه يمضى عليه البيع فان هذه الرواية الشريفة تدل بمنطوقها على مضى البيع اذا علم المشترى بالبيع بعد التصرف و لكن يأخذ الارش و تدل بمفهومها على ثبوت الخيار له اذا علم بالعيب قبل التصرف، ثم قال علم بذلك العوار حيث جعل العلم طريقا الى كشف العوار و لذا قال أيما رجل اشتر شيئا و به عيب و عوار فظاهرها ان الخيار ثابت من الاول و لكن حيث أن البايع و لم ينبه بالعيب فيكشف العلم عن ثبوته من الاول مما هو واضح و العجب من السيّد حيث انكر وجود ما يدل على كون وجدان العيب كاشفا عن كون الخيار ثابتا من الاول مع ان هذه الرواية ظاهرة فى ذلك، نعم هو شريك معنا فى المدعى ثم ذكر المصنف أن ظهور العيب شرط لثبوت الخيار، و أما سببه فهو من زمان وجود العيب فهو أيضا خلاف الظاهر من الروايات خصوصا لصحيحة المتقدمة، فافهم .

ثم انه مما يؤيد بل يدل على كون الخيار مسببا عن العيب لا عن ظهوره ثبوت الأرش العيب .

ثم انه هل يختص خيار العيب بالمشترى أى بالمثمن فيكون الخيار للمشترى فقط، أو يجرى فى الثمن و يشمل للبايع ايضا، الظاهر أنه لا خلاف فى ثبوته للبايع أيضا و انما الكلام فى مدرك ذلك، و الذى يمكن أن يقال فيه وجوه :—

الاول : قيام الاجماع على ذلك و فيه أن القطع بذلك مشكل جدا و لا نعلم بالاجماع التعبدى هنا فانه مع تحقق الاجماع فنحتمل أن يكون مدركه الوجوه الآتية ٠

الثانى : قاعدة نفى الضرر و فيه أنه قد مر مرارا أن قاعدة نفى الضرر لا يكون مدركا فى شيء من الخيارات على أنه لو كان هو المدرك هنا لكان اثبات الأرش به مشكلا و الا فلازم ذلك أن يثبت الأرش فى كل مورد كان نفى الضرر دليل للخيار كما هو واضح ، و من المعلوم أنه لم يلتزم به أحد فى غير خيار العيب٠

الثالث: أن يدعى أنه لا خصوصية للمبيع فى ثبوت خيار العيب و الارش فيه مع كون الثمن فى طرق آخر من المعاملة و عدم امكان البيع بالمبيع فقط، بل لا بدّ من تحقق البيع بين الطرفين و المبادلة بين العوضين فنسبة البيّع بالنسبة الى الطرفين على حد سواء و عليه فالاخبار الدالة على ثبوت الخيار و الأرش فى المبيع تدل على ثبوتهما فى الثمن أيضا فيكون الخيار ثابتا للمشترى أيضا كما ذكرنا سابقا أن ما دل على أن ثمن العذرة سحت أو ثمن الخمر سحت، و ثمن الكلب سحت، أنه يختص بالمثمن فقط بل يجرى فى الثمن أيضا لعدم الفرق فى الفرض الذى نهى عن الثمن الامور المذكورة فهى موجود فيما اذا كانت الامور المذكورة ثمنا لشيء آخر أو اجرة للعمل أيضا كما هو واضح ٠

و اذا امكن اثبات هذه الدعوى فى المقام أيضا كان الخيار و الارش

جاريا فى طرف البايع أيضا و أن ذكر خصوص المبيع فى الروايات لكنه من جهة الغلبة اذ الغالب أن الثمن هو النقود و لا يكون فيها عيب غالبا ، و لكن اثبات هذا ايضا مشكل فانه من أى علم أن ذكر المبيع من جهة الغلبة كما هو واضح ·

نعم ، لا نضائق من القول بثبوت خيار العيب للبايع أيضا لا من جهة العيب ، بل من جهة الشرط الضمنى على ما تقدم ، وعليه فلا يمكن الالتزام بثبوت الأرش فى طرف الثمن كما هوواضح ·

ومن هنا ظهر فساد ما ذكره السيد فى المقام من كفاية الظن يكون ذكر المبيع من جهة الغلبة و كونه كفاية عن العوض فى البيع فانه لا دليل على حجية هذا الظن و اشكل من تعدية الحكم أى للثمن تعدية الحكم الى مطلق المعاملات بان يقال انه اذا آجر أحد دارا من شخص فظهر فيها العيب فيكون مخيرا بين مطالبة التفاوت و الفسخ فانه يمكن أن فى تعدية الحكم الى الثمن أن يقال أن ذكر المبيع من جهة الغلبة كما تقدم ، و أن الثمن فى طرف البيع فاذا ثبت الحكم فى المبيع ثبت فى الثمن أيضا لعدم الخصوصية للمبيع كما مثلنا بالامثلة المتقدمة فان الفرض من الاخبار تفهيم أن النقص فى العوض يوجب الخيار و الأرش و لكن لا يمكن النفوذه بذلك فى مطلق المعاملات و عليه فلا بأس بالالتزام بالخيار فيها لتخلف الشرط و أما الارش فلا دليل على ثبوته فيها كما هو واضح ·

قوله فى مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما مسئلة يسقط الرد خاصة بأمور ، أقول : الظاهر بل الواقع أنه لا شبهة فى سقوط خيار العيب بالاسقاط على نهج بقية الخيارات و انما الكلام فى سقوط الردّ فقط ، أو سقوطه مع الأرش بحيث لا يكون لمن له الخيار بعد الاسقاط حق الرجوع فقط و الظاهر أنه لا ملازمة بين سقوط الردّ و سقوط حق مطالبة الارش كما

اذا لم يكن لكلامه ظهور الاّ فى سقوط الردّ فسقط كقوله اسقاط الردّ أو لم يكن ملتفتا بان له مطالبة الأرش بل له الخيار فقط فانه ح لو اسقط خياره و لو مع عدم تقييده باسقاط الردّ ، بل باسقاط مطلق الخيار فانه ح يسقط الردّ فقط أيضا ، بل الامر كك حتى مع الالتفات بثبوت حق الرد و الأرش له و لكن القرينة قائمة على أنه لا يسقط الا الردّ أو ليس فى كلامه ظهور عرفى فى ذلك و أن قال اسقط خيارى و على الجملة فالمناط فى اسقاط الردّ و الأرش هو الظهور العرفى فكلما دل فى كلامه على سقوط الردّ فقط أو الردّ و الأرش معا فيكون متبعا و الا فلا ، كما هو واضح .

و عليه فدعوى أن كلمة الرد ظاهرة فى اسقاط الخيار فقط ، و أن كلمة الخيار ظاهرة فى اسقاط الردّ و الأرش فقط لا يمكن المساعدة عليه ، نعم كلمة اسقط الردّ ظاهرة فى اسقاط الردّ فقط ، كما هو واضح هذا هو المطلب الاول .

والحاصل : أن سقوط الخيار بطرفيه من الردّ و الأرش و بطرفه الواحد يحتاج الى كون المسقط ظاهرا فيه و عليه فلابدّ من الاقتصار بالمتيقن .

المطلب الثانى : أنه لا شبهة فى سقوط هذا الخيار بالتصرف اجمالا و انما الكلام فى خصوصيات ذلك ، فنقول ان التصرف انما يكون على أنحاء الاول أن يكون تصرفا مغيرا كقطع الثوب و صبغه و نحو ذلك ، وعذا لا شبهة فى كونه مسقطا للخيار و تدل عليه الصحيحة عن أبى جعفر عليه سلام الله ايما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرأ اليه و لم ينبه فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العوار و بذلك العيب فانه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ذلك لو لم يكن به ، و من الواضح أن تغيير العين و لو بمثل الصبغ و نحوه احداث للحدث فان المراد من الاحداث هو الكناية عن ثبوت حدث فى المبيع لا معناه الصريح

اعنى اسناد الحدث الى الفاعل فيكون موجبا لسقوط الردّ و يبقى له حق مطالبة الأرش فقط كما لا يخفى .

و يؤيد ذلك مرسلة جميل التى يعاملون معها معاملة الصحيح و ان ناقشنا فى ذلك و هى عن أبى عبدالله عليه السلام فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيبا ،قال : ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن و ان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب .

الثانى :أن لا يكون هنا تصرف يوجب التأثر فى العين خارجا و لكن يكون هنا تصرفا اعتباريا بحيث يكون مانعا عن الرجوع الى المتصرف ثانيا كأن يبيعه من شخص آخر فان البيع و ان كان لم يكن مثل القسم الاول من احداث الحدث فى العين و لكن لا شبهة فى صدق احداث الحدث على مثل هذا التصرف أيضا فانه أى احداث حدث يكون اعظم من هذا الذى لا يقدر معه المتصرف على الردّ الى ملكه و هكذا لو آجر العين من شخص فان العين حين ما اخذها من البايع كانت واجدة للمنفعة و قد صارت فاقدة لها فأى حدث اعظم من ذلك و سقوط الخيار قبل هذا التصرفات للنص المتقدم و الا فقد عرفت عدم سقوطه بالتصرف بمثل تلف العين غاية الامر، العقد يفسخ و ينتقل الى المثل أو القيمة لأن الفسخ متعلق بالعقد دون العين كما تقدم .

نعم لو نقل العين الى غيره بمثل الهبة فالظاهر عدم سقوط حق الردّ بذلك فان العين و ان انتقلت الى غيره و لكن للمشترى التمكن من رده بالرجوع فاذا قال فسخت العقد فيكون هذه العبارة فسخا للعقد و رجوعا فى الهبة كما هو واضح و لا يقاس ذلك بامكان الرجوع فى البيع أيضا بالشراء و نحوه فان اختيار الرجوع فى ذلك ليس تحت يد المشترى اعنى البايع الثانى بخلاف ما لو نقلها بالهبة فان اختيار ارجاع العين تحت يد الواهب

كما لا يخفى ،فافهم ٠

و من هنا ظهر أن ما تنظر المحقق الثانى فى سقوط حق الردّ بالهبة وجيه و لا وجه لرد المصنف اياه بانه لا وجه له ٠

الثالث : أن يكون التصرف تصرفا خارجيا من غير ان يكون مغيرا للعين و لا يكون مثل القسم الثانى أيضا ،و هذا على اقسام ثلاثة :ــ

الاول : أن يكون له ظهور عرفى فى سقوط الخيار به كالمسقط اللفظى فان سقوط الخيار لا يختص باللفظ كما تقدم فى خيار الحيوان و غيره ، بل يسقط بالفعل أيضا لا بما انه تصرف بل بعنوان أنه مسقط عرفى كما هو واضح

الثانى : أن لا يكون له بشخصيه ظهور فى سقوط الخيار به فذكر المصنف أن الفعل اذا كان له دلالة نوعية و كاشفة نوعية فى الرضا بالعقد و اسقاط الردّ كاللفظ كان موجبا لسقوط الخيار و لكن الظاهر أن هذا الكلام لا يمكن المساعدة عليه للفرق الواضح بين اللفظ و الفعل فى ذلك فان اللفظ انما يكون كاشفا عن ارادة المتكلم مدلول ذلك بحسب التعهد فان المتكلم قد تعهد بأنه اذا تكلم بلفظ فلانى فانه اراد المعنى الفلانى وعليه فيكون الظن الحاصل من كاشفية اللفظ نوعا حجة و متبعا بحسب قيام بناء العقلاء على ذلك و هذا بخلاف الفعل الفلانى فانه اراد المعنى الفلانى ليكون كاشفية متبعة غاية الامر أنه يحصل الظن من ذلك فهو ليس بحجة لعدم الدليل على اعتباره من بناء العقلاء و غيره كما لا يخفى ،فافهم ، و هذا هو الفرق بين اللفظ و الفعل فى الكاشفية و عدمها ، خذه و اغتنم ٠

الثالث: أن لا يكون له ظهور فى الاسقاط كما فى القسم الاول و لا يكون له كاشفية نوعية كما فى القسم الثانى على ما ذكره المصنف، بل يكون مجرد التصرف كالامر باسقى و غلق الباب و اعطاء متاع فظاهر جماعة أنه يسقط الرد بذلك أيضا ،بل هذا هو صريح العلامة حيث ذكر فى بعض كتبه أنه

يسقط الرد بالامر كقوله ناولنى الماء أو أغلق الباب و نحو ذلك، و لكنه لا وجه لسقوطه بذلك بوجه فان الدليل على السقوط هنا هو احداث الحدث و من الواضح أنه لا يصدق على مثل هذه التصرفات احداث الحدث وليس له كاشفية نوعية أيضا حتى يمكن القول بسقوطه من هذه الجهة كما قيل فى القسم الثانى فيبقى القول بالسقوط بمثل ذلك ح بلا دليل كما هو واضح .

و الحاصل أنك قد عرفت أن التصرف بما هو تصرف لا يكون موجبا لسقوط الخيار حتى لو كان موجبا لتلف العين لما عرفت أن الفسخ و الخيار انما يتعلق بالعقد دون العين حتى لا يمكن ردها مع التلف فيجوز الفسخ بعد تلف العين و ينتقل العين الى المثل أو القيمة و لكن قد ورد النص بأن احداث الحدث فى خيار العيب يكون مسقطا له و لمكان هذا النص فنقول بالسقوط هنا بالتصرف و لا شبهة فى صدق احداث الحدث بمثل تغيير اللون و القص فى الثوب و نحوه و هكذا فى مثل نقلها الى غيره بالبيع اللازم و كذلك الايجار كما عرفت لصدق احداث الحدث فى جميع ذلك ، نعم لا يصدق ذلك فى مثل الهبة ثم انك قد عرفت أن ذلك ليس من جهة أن الفسخ يتعلق بالعين فمع نقلها الى غيره لا يمكن الردّ ، بل هو من جهة التعبد فقط و الا فالفسخ يتعلق بالعقد على ما عرفت سابقا ، فاذا انفسخ العقد فان كانت العين باقية يأخذها و الا فمثلها .

ثم انه لا بدّ و أن يعلم أن المصنف قد عبّر عن رواية زرارة بالصحيحة فى موردين و هذا اشتباه لأن فى سندها موسى بن بكر و قد اختلف فى حاله و قال بعضهم أنه ضعيف و واقفى و قال بعضهم انه ممدوح كالمجلسى و ابن ادرس فى آخر السرائر و هذا هو الظاهر و لعل وجه تضعيف بعضهم أنه واقفى و ان استشكل بعضهم فى كونه واقفيا أيضا و كيف كان فالرواية و ان كانت معتبرة ، و لكنها ليست بصحيحة و لعل المصنف تبع فى

التعبير عنها بالصحيحة قول العلامة حيث انه عبر عنها بذلك فى ولد الملاعنه لا فى هذه الرواية، بل فى رواية أخرى مروية بهذه السند و هو أيضا اشتباه فان العلامة قد ضعف موسى بن بكر فى الخلاصة و مع ذلك حكم بصحة روايته و هذا استدراك مما تقدم.

و اما التصرف الخارجى الغير المغيّر فقد عرفت أنه على ثلاثة اقسام وعرفت القسمين عنها الاول كونه شخصية كاشفا عن الرضا بالعقد و كونه مسقطا للخيار الثانى ما يكون بنوعه كاشفا عنه كما ذكره المصنف مثل دلالة الالفاظ و قد استشكلنا فى ذلك ايضا و انتهى الكلام الى القسم الثالث و هو ما لم يكن بنفسه كاشفا عن الرضا بالعقد و لا بنوعه، بل يكون مجرّد التصرف الخارجى، فهى هذا مسقط للخيار أم لا، فقد يظهر من جماعة سقوطه به، بل صرّح به العلامة كما تقدم و قد استدل على ذلك بوجوه.

الأول: أنه ذكر الجماع فى الرواية فى كونه مسقط للردّ مع أنه تصرف لا يوجب احداث الحدث فى الامة بوجه، بل يبقى على ما هى عليها بعد ذلك أيضا فيعلم من ذلك أن مطلق التصرف يكون موجبا لسقوط الردّ هنا.

و فيه أن هذه الرواية على عدم سقوط الردّ بمطلق التصرف أدل فانه لو كان مطلق التصرف موجبا لسقوط الردّ لم تصل النوبة الى التعبير بالجماع اذ يستحيل عادة خلو الجماع عن المقدمات و التصرفات من اللمس، و التقبيل و النظر الى ما لا يحل لغير المولى و نحو ذلك فحيث اعتبر الجماع مسقطا دون غيره من مقدماتها فيعلم من ذلك أن مطلق التصرف لا يكون مسقطا للردّ و انما الجماع مسقط للنص الخاص فلا يمكن التعدى منه الى غيره.

الوجه الثانى: دعوى الاجماع على ذلك و فيه أنه لا سبيل الى دعوى الاجماع فى المقام بحيث يكون هنا اجماع تعبدى على كون التصرف على وجه

الاطلاق مسقطا للرد و ذلك لان اكثر الكلمات التى نقلها المصنف مشحونة بان التصرف انما يكون مسقطا للرد اذا كان مع العلم بالعيب والاّفلافيعلم من ذلك أن ذهاب الفقهاء الى ذلك من جهة قولهم بان التصرف كاشف نوعا عن الرضا بالعقد فيكون ذلك مسقطا للردّ و حيث استشكلنا فى ذلك و أن التصرف لا يكون كاشفا عنه، فاذن لا وجه للاجماع و التمسك به ليكون التصرف مسقطا للاجماع التعبدى و هذا واضح لا يخفى.

الوجه الثالث: ما ورد فى خيار الحيوان من تفسير الحدث، بمثل التقبيل و اللمس و النظر الى ما لا يحل لغير المولى، فيعلم من ذلك أن المراد من الحدث ليس هو حدوث تغيير فى العين، بل المراد منه هو مطلق التصرف، و الاّ لما فسره الامام عليه السلام بمثل اللمس و نحوه و ان كان ذلك فى اللغة بمعنى التغيير، كما لا يخفى.

و فيه أولا: أنه قد ورد سقوط الخيار بالامور المذكورة فى مورد خاص و هو خيار الحيوان، و قلنا أن ذلك ليس من جهة أن معنى الحدث هو ذلك، بل للتعبد الخاص و قد عرفت فى خيار الحيوان أنه لا يمكن التعدى من ذلك الى بقية التصرفات فى نفس خيار الحيوان، أى يكون التصرف موجبا لسقوط خيار الحيوان فضلا عن التعدى الى غير خيار الحيوان.

و ثانيا: لو تعدينا الى خيار الحيوان و قلنا بسقوطه بأى تصرف فى الحيوان فبأى وجه نتعدى الى غير خيار الحيوان أيضا و كيف كان فلا يمكن التعدى من تلك الرواية الى المقام، و القول بان معنى الحدث هو أى تصرف و ان لم يكن مغيرا للعين فتحصل أنه لا دليل على كون مطلق التصرف موجبا لسقوط الخيار.

بل نقول: ان لنا دليل على عدم سقوط الردّ بمطلق التصرف و هو وجوه، الاول: رواية الجماع على التقريب المتقدم. الثانى: ما دل على أنه

لو اشترى أحد أمة و لم يطاها فى ستة أشهر جاز ردها و من البديهى أنه لا يخلو عادة فى هذه المدة أن المشترى يتصرف فيها و لو بالامر بكنس الدار، وبمثل ناولنى الماء، و نحو ذلك، فلو كان مطلق التصرف موجبا لسقوط الردّ، لم يحكم الامام عليه السلام بالرد فى ستة اشهر، فذكر الجماع دون غيره دليل على عدم سقوط ردها بمطلق التصرف.

الثالث: ما دل على جواز ردّ المملوك من أحداث السنة أى العيوب التى ظهرت فى مدة السنة فانها تكشف عن كون سببها قبل الشراء فان العادة جارية بظهور العيوب السابقة فى مثل هذه المدة و تسمى ذلك أحداث السنة و من الواضح أن من المستحيل عادة أن لا يتصرف المشترى فى هذه المدة اصلا، ولو بتصرف لا يغير العين أصلا.

الرابع: نفس الرواية التى دلت على عدم جواز الرد باحداث الحدث فانها تدل على ذلك اذا كان فى المبيع عيب أو عوار و احداث المشترى فيه الحدث، و بمفهومها تدل على جواز الردّ ما لم يحدث فيه الحدث و من الواضح أنا علمنا من الخارج أن مطلق التصرف ليس من مصاديق احداث الحدث، لا عرفا و لا لغة و لا شرعا، فمقتضى مفهوم هذه الرواية يجوز رده لذلك كما هو واضح وعلى الجملة أن مطلق التصرف لا يكون مسقطا لخيار العيب أولا لعدم الدليل و المقتضى على ذلك، و ثانيا لقيام الوجوه المذكورة على عدم السقوط بمطلق التصرف.

نعم: يسقط بمثل احداث الحدث للنص بحيث لو لم يكن هنا نص لم نقل بالسقوط بمثله أيضا، بل باتلاف العين أيضا، فان الفسخ لم يتعلق بالعين حتى يسقط الخيار بنقلها، بل بالعقد فيمكن فسخه بتلف العين و تنتقل العين الى المثل أو القيمة كما هو واضح، و من جميع ما ذكرناه ظهر لك حكم اتلاف العين كما هو واضح.

ثم انه يقع الكلام فى أن احداث الحدث الذى كان موجبا لسقوط الخيار، هل هو مسقط له بوجوده حدوثا و ان لم يبقى أثره بقاء أو انما يكون مانعا عن الرد بقاء، الذى يظهر لنا من الرواية الدالة على مسقطية احداثا لحدث الرد فان الظاهر من قوله عليه السلام فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العيب فانه يمضى عليه البيع أن الحدث موجود فى حال الرد و لذلك قال عليه السلام يمضى عليه البيع.

و بعبارة أخرى أنك قد عرفت سابقا أن التصرف بأى نحو كان لا يكون مسقطا للرد حتى التلف، فان الفسخ انما يتعلق بالعقد لا بالعين حتى لا يمكن الفسخ و رد العين بعد التلف، أو التصرف المغير للعين، و انما ثبت لنا بالنص الخاص أن احداث الحدث يكون مانعا عن الرد و الحكمة فى ذلك هو ارفاق البايع و من الواضح أن الارفاق انما يتحقق و يحصل اذا كان العيب موجودا فى العين حال ردها الى البايع، و أما اذا برء الى وقت الرد فلا يكون ذلك مانعا عن الرد و هذا المعنى هو الذى يقتضيه مناسبة الحكم و الموضوع.

قوله: فرع لا خلاق نصا و فتوى فى أن وطى الجارية يمنع عن ردها.

أقول: المشهور، بل المجمع عليه بين الأصحاب هو أن وطى الجارية مانع عن الرد، و انما الكلام فى دليل ذلك مع أنه لا دليل على كون التصرف مانعا عن الرد، و قد علل العلامة المنع فى موضع من التذكرة بان الوطى جناية و لهذا يوجب غرامة جزء من القيمة كسائر جنايات المملوك، و قد ذكر فى كلام الاسكافى أيضا ان الوطى مما لا يمكن معه رد المبيع الى ما كان عليه قبله، فانه لابدّ و ان يكون مراد الاسكافى أيضا ما ذكره العلامة، فانه لا مفهوم له الاّ ذلك اذ النظر و التقبيل و نحو ذلك أيضا يوجب أن الأمة مع ذلك فلا يمكن ردها الى ما كانت عليه قبل النظر و التقبيل فلابدّ وأن يراد

ما ذكره العلامة من كون الوطى جناية و قد أيدّ المصنف ذلك بما ورد في جملة من الروايات من قوله عليه السلام: معاذ اللّه أن يجعل لها أجر فان فيه اشارة الى انه لو ردّها لا بدّ أن يراد معها شيئا تداركا للجناية اذ لو كان الوطى مجرّد استيفاء منفعة لم يتوقف ردها على رد عوض المنفعة لكون الاستيفاء واقعا في ملكه فلا يجب مع الرد رد المنفعة كما هو واضح ، فان الفسخ فسخ للعقد من حين الفسخ لا من الاول .

أقول : أما كون الوطى جناية فهو بديهى البطلان ، و لم يلتزم به أحد في بقية الموارد و لذا لو زنى أحد بامرأة العياذ باللّه ، أو وطا غلاما لم يتوهم أحد أنه يؤخذ منه الجناية ، نعم ثبت الجناية في ازالة البكر و لكن ذلك من جهة كونه ازالة صفة كمال لا من جهة الوطى فما ذكره العلامة و الاسكافي مما لا وجه له ، و من هنا أنه لا فرق في التصرفات الغير المغيرة بين الوطى و غيره ، فانه أيضا من التصرفات الغير المغيّرة كما لا يخفى وأما ما ذكر في الروايات من قوله عليه السلام: معاذ اللّه أن يجعل لها أجر لا يدل على أن ذلك من باب الجناية ، و أن الاستعاذة من جهة نفي الاجرة و أما ما ذكره المصنف من حمل الرواية على التقية و أن الأمير عليه السلام تكلم بذلك رعاية لحال رعيته ، فهو بعيد ، بل ذلك من جهة أن الامير عليه السلام تكلم بذلك اشعارا الى أن الحكم هنا أمر ثابت بالتعبد لا انه من تلقاء نفس لأني ليست مشرعا حتى اجعل لها أجرا و لذا قال عليه السلام في رواية ميسر : معاذ اللّه أن أجعل لها اجرا . بل التحقيق ان عدم جواز الرد مع الوطى من جهة التعبد بالروايات الواردة في المقام فانها دلت على ذلك ، كما هو واضح .

و قد انتهى الكلام الى أن الوطى يمنع من الرد أم لا وقلنا بكونه مانعا عن الرد للروايات الخاصة لا من جهة أنه احداث الحدث و لا من جهة انه

تصرف و لا من جهة أنه جناية ، كما ذهب اليه العلامة ،و انما الكلام فى أنه مانع عن الرد مطلقا و ليس منه استثناء أو استثنى منه صورة كون الجارية حاملة كما ان أصل مانعية الوطى عن الرد مستثنىعن اصل عدم مانعية التصرفعن الرد و المشهور هو الثانى ،و ان الحمل مع كونه عيبا و الوطى ليس مانعا عن الرد و كلمات اكثرهم فى ذلك مطلقة أى اعم من أن يكون هنا عيب آخر غير الحمل أو يكون هو الحمل فقط سواء كان الحمل هو العيب أم لم يكن الحمل عيبا ٠و قد ذكروا هنا أيضا أن الجارية ترد ويرد معها العشر كما هو المشهور و استندوا فى ذلك الى ظاهر من الروايات منها صحيحة بن سنان الدالة على رد الجارية الحاملة ،و رد نصف عشر قيمتها ،وكذ فى روايتى عبد الملك و ابن أبى عمير و فى صحيحة محمد بن مسلم يردها و يكسوها و فى رواية عبد الملك يردها و يرد عشر قيمتها وهذه الروايات تدل على ما ذهب اليه المشهور ،بل ادعى الاجماع على العمل بظاهرها ولكن خلافا لما عن الاسكافى حيث حملها على كون الجارية أم ولد من المولى و التزام بوجوب الرد لبطلان بيع أم الولد ، و يكون رد نصف عشر القيمة فى مكان مهر المثل فى الحر الموطوءة بشبهة ، و قد اختار ذلك فى المختلف بل هو ظاهر الشيخ فى النهاية ، حيث قال فان وجد بها عيبا بعد أن وطئها لم يكن له ردها و كان له ارش العيب خاصة الا أن يكون العيب من حبل فيلزمه ردها على كل حال وطئها أو لم يطئها و يرد معها اذا وطئها نصف عشر قيمتها ثم ذكر المصنف و يمكن استفادة هذه من اطلاق المبسوط القول بمنع الوطى من الرد ،فان من البعيد عدم استثناء وطى الحامل وعدم تعرضه لحكمه مع اشتهار المسئلة فى الروايات و السنة القدماء ، و اطلاع الشيخ على الروايات الدالة على ذلك٠

و هذا القول هو ظاهر الرياض والوسيلة ٠ ثم اختاره المصنف أيضا و

قال أن الروايات المتقدمة و ان كان فی بادی النظر ما ذكره المشهور الا أن العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه ٠

الأول : أنه يلزم المخالفة على هذه الرواية من أحد الطرفين اما مخالفة ظهورها فی وجوب رد الجارية فانها ظاهرة فی وجوب رد الجارية وحملها على الرد مع الوطی و صحة البيع لا يستقيم الا برفع اليد عن حملها على وجوب الرد اذ مع صحة البيع لا يجب الرد ، بل كان جائزا وأما القول بوجوب الرد فلا يمكن القول بصحة البيع ، بل يلتزم بفساد البيع لكونه بيع أم ولد فيكون الرد واجبا لوجوب رد مال الغير اليه و من الواضح هذا الحمل مخالف للظاهر بلا شبهة لكون الجملة الخبرية الوارد فيها ظاهر فی الوجوب كما حقق فی الأصول و حملها على مجرد الجواز خلاف الظاهر منها ٠

و اما أن يقيد الحمل بكونه من غير المولی حتی يكون الجملة الخبرية واردة فی مقام دفع توهم الحظر الناشی من الأخبار المتقدمة المانعة من رد الجارية بعد الوطی اذ لو بقی الحمل على اطلاقه لم يستقم دعوی وقوع الجملة الخبرية فی مقام دفع توهم الحظر ٠

و بالجملة أن دعوی جواز رد الجارية الحاملة و عدم مانعية الحمل من الرد من آثار البيع الصحيح فبعد كون البيع بيع أم ولد ، أو اطلاقه و كونه أعم من بيع أم الولد و غيره كان البيع باطلا و وجب رد الجارية الی مالكها فلابدّ اما من رفع اليد من ظهور الرد فی الوجوب الذی هو ظاهر الجملة الخبرية و حملها على الجواز أو حمل الوجوب على دفع توهّم الحظر الناشی من الاخبار فكأن السائل توهم عدم جواز الرد مع الوطی مطلقا فسال عن ذلك مع كون الجارية حاملة و من الواضح أن كلاهما ارتكاب على خلاف الظاهر فلابدّ من البقاء ظاهرها و ثبوت الرد على حاله فتكون الروايات ح محمولة على أم الولد ، و تكون خارجة عما نحن فيه ٠

على أنه يبعد حمل تلك الروايات على الجواز اختلاف السياق فانه ذكر فيها أنه يرد الجارية و يردّ نصف عشر قيمتها فانه من البعيد أن تحمل كلمة يردّ الجارية على الجواز و كلمة يرد نصف عشر قيمة على الوجوب فمقتضى اتحاد السياق هو أنّ يراد من كلمة يرد وجوب الرد فى كلا المورد ين وعليه فتكون الروايات محمولة على أم ولد المولى ·

الوجه الثانى : أن الروايات المذكورة منطبقة على وجوب ردّ نصف عشر القيمة أو عشرها و هذا لا يجتمع مع القواعد فان مقتضى القاعدة منافع مال كل شخص عائدة اليه و اذا استوفاها فتكون له و عليه فلا مقتضى لاعطاء عشر قيمة الجارية أو نصف عشر قيمتها لكون استيفاء المنفعة واقعا فى ملكه و عليه فلابدّ اما من الالتزام بان استيفاء المنفعة هنا من المالك الاول و ان كان فى ملكه فيكون ما نحن فيه تخصيصا للقاعدة المذكورة المسلّمة و هو بعيد·

أو لابدّ من الالتزام بكون المورد تخصيصا لما هو المسلم من أن بطلان العقد من حين الفسخ لا من حين العقد و من أول الأمر و يقال فى المقام بان الفسخ من الاول فيكون العقد باطلا من الاول ، و يكون ما استوفاه المشترى من المنافع من أموال البايع و عليه يجب ردها اليه و رد نصف عشر القيمة أو عشرها من جهة ذلك ·

و بعبارة أخرى أن كون العقر على المشترى مخالف لقاعدة عدم العقر فى وطى الملك أو مخالف لقاعدة كون الرد بالعيب فسخا من حينه لا من أصله · و هذا أيضا بعيد ·

الوجه الثالث: أن الالتزام بعدم كون الوطى مانعا عن الرد مع كون الجارية حبلى مخالف لما ورد عموما من كون احداث الحدث مانعا عن الرد و ما ورد خصوصا من كون الوطى مانعا عن الرد و هذا ايضا بعيد ·

الوجه الرابع: أنه ذكر المصنف(ره) أيضا ان هذا المعنى يستفاد من

روايتين :—

الأولى : رواية ابن ابى عمير فى رجل باع جارية حبلى و هو لا يعلم فان السؤال فى هذه الرواية عن بيع أم الولد و الاّ لم يكن لذكر جهل البايع فى السؤال فائدة فان ماله فائدة انما هو جهل المشترى فانه مع الجهل يكون له خيار العيب و اما مع عدم الجهل فلا يكون له خيار لأقدامه بذلك البيع و أما اذا كانت الجارية أم ولد ، فجهل البايع له فائدة فانه مع عدم الجهل بالحمل لا يمكن له بيع الجارية لكونها أم ولد ·

الثانية :صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (فى رجل) يشترى الجارية الحبلى فينكحها قال يردها و يكسوها فان قوله عليه السلام يكسوها مشعرة بما ذكرناه حيث انه ثبت فى الشريعة المقدسة ان الكسوة ثبت للحرة يطيها و حيث ان أم الولد فيها شانية الحرية فلهذا اثبت الامام عليه السلام فيها الكسوة ·

و الحاصل : أنه ذكر المصنف أن الاخبار المذكورة و ان كانت ظاهرة فى بادى النظر فى ما ذهب اليه المشهور من كون الوطى غير مانع عن رد الجارية الحاملة و لكن لابدّ من رفع اليد عن هذا بوجوه و حملها عن أم الولد

الاول : أن الجملة الخبرية الفعلية فيها و هى قوله عليه السلام يردها ظاهرة فى الوجوب و هى لا تصح الاّ فى حمل الجارية على أم الولد لوجوب ردّها الى مالكها من جهة بطلان البيع فيها فلو حملناها على غير أم الولد فاما لابدّ من رفع اليد عن ظهور الجملة الخبرية فى الوجوب و حملها على جواز الرد و هو خلاف الظاهر منها و اما ابقائها فى ظاهرها ولكن يحمل الوجوب على دفع توهّم الحظر من جهة الاطلاقات الدالة على مانعية ردّ الوطى و هذا أيضا خلاف الظاهر من الوجوب ·

و بعبارة أخرى حمل البيع على البيع الصحيح يستلزم الارتكاب بأحد

خلافی الظاهر من كون الجملة الخبرية الواقعة فی الرواية ظاهرةفیالوجوب كما هو واضح ·

الثانی :أن المنافع المستوفات انما هی للمشتری لكونها فی ملكهوحمل الروايات على غير أم الولد يستلزم أن تكون تلك المنافع للبايع لأن تلك الأخبار تدل على ردّ عشر القيمة أو نصف عشر القيمة و عليه فلابد اما من الالتزام بكونالمنفعة هنا للبايع تخصصا للقاعدة الدالة علىانالمنافع الملك للمالك أو من الالتزام بكون الفسخ من الأول لا من حين الفسخوهذا أيضا بعيد جدا ·

الوجه الثالث: أن الالتزام بعدم حملها على أم الولد والقول بجواز وطی الجارية الحاملة غير مانع عن الرد للزم الالتزام بتقييد ما دلبأطلاقه على مانعية الحدث و التصرف من الرد لكونه كاشفا عن الرضابالعقدومنافيا لاطلاق ما دل على مانعية خصوص الوطی عن الرد و هذا أيضا بعيد·

الرابع : قد وقعت الاشارة فی مرسلة ابن أبی عمير الی كون الجارية أم ولد لانه وقعفی السؤال فيها أنه باعجارية حبلی و هو لا يعلم و من الواضح أنه لا أثر لجهل البايعفی بيعغير أم الولد و أما فی بيع أم الولد فله أثر لأنه مع العلم بكونها أم ولد لا يبعها و أيضا ذكر فی الصحيحة أنه يرد الجارية و يكسوها و من الواضح أن الكسوة انما هی وقعت فی طلاق الحرة مع عدم فرض المهر لها و حيث أن أم الولد متشبسة بالحرية قدذكر الامام عليه السلام فيها الكسوة ·

الوجه الخامس : أن هذه الأخبار الدالة على جواز ردّ جاريةالحاملة بعد الوطی وعدم مانعية الوطی عن الرد فيها ظاهرة فی أن الردانماوقع بعد تصرف المشتری فی الجارية بغير الوطی من مثل اسقنی الماء و أغلق الباب و مقدمات الوطی و غير ذلك من التصرفات التی يبعد عادة ، بل

يستحيل خلو المشترى عنها و لا أن الجارية تنفك عنها وتقييد هذه الروايات بصورة عدم هذه التصرفات تقييد بها بالفرض النادر.

نعم، التزمنا بالتقييد بذلك فى غير هذه الأخبار مما دل على ردّ الجارية بعد مدة طويلة كستة اشهر على ما تقدم و انما التزمنا على ذلك من جهة الدليل الدال على لزوم العقد بالتصرف و لكن لا داعى لهذا التقييد هنا لعدم امكان تقييد ما دل على رد الجارية بعد مدة طويلة بنحو آخر و لكنه يمكن تقييدها بنحو آخر فى المقام، فانه يمكن تقييد الحمل هنا بكونه من المولى لتسلم هذه الأخبار الدالة على رد الجارية الحاملة بعد الوطى عن جميع التقييدات المتقدمة كما لا يخفى.

غاية الأمر أن هذه الاخبار تعارض مع ما دل على منع الوطى عن الرد بالعموم من وجه فيبقى ما عدا الوجه الثالث مرجحا لتقييد هذه الاخبار.

و توضيح ذلك أن هذه الأخبار اخص من حيث اختصاصها بصورة الحبل وعدم شمولها لموارد الوطى باجمعها و لكنها مطلقة من حيث كون الحمل من المولى لتكون الجارية أم ولد أو من غير المولى لئلا تكون الجارية أم ولد والأخبار الدالة على مانعية الوطى عن الرد فهى أخص من حيث موردها و هو البيع الصحيح وعدم شمولها الجارية التى هى أم الولد لأن الكلام فيها قد فرض فى البيع الصحيح و من الواضح أن بيع أم الولد سواء كان مع العلم أو بدونه ليس بصحيح فلا تكون شاملة لأم الولد ولكنها أعم من حيث كون الوطى وطيا للجارية الحاملة أو الحائلة لاطلاقها و ح تقع المعارضة بينهما و الوجوه المتقدمة مرجحة لها وعلى تقدير التكافوء والتساقط وجب الرجوع الى عموم ما دل أن احداث الحدث مطلقا مانع عن الرد لكونه رضى بالبيع ثم ذكر أنه يمكن الرجوع الى ما دل على جواز الرد مع قيام العين كمرسلة جميل بن دراج المتقدمة ثم ذكر أنه مع المناقشة فى عموم ما

دلعلی عدم جواز الرد بمطلق التصرف وجب الرجوع الی أصالة جواز الرد الثابت قبل الوطی و لکن یبقی أن لزوم العقر علی المشتری بنصف عشر القیمة أو عشرها بلا وجه و لکن یمکن اثباته بعدم القول بالفصل لأنه کلمن قال بلزوم رد الجاریة الحاملة بعد الوطی قال بذلك مع العقر و کلمن لم نقل لم نقل بذلك مطلقا ·

و الحاصل : أن المصنف أثبت فی النتیجة ماذهب الیه صاحب الریاض و غیره من حمل الأخبار المذکورة علی أم الولد و أن وطی الجاریة الحاملة أیضا مانع عن الرد کما هو واضح فافهم هذه هی محصل الوجوه التی ذکرها المصنف و العمدة منها هی الوجه الاول و الخامس ·

أقول : الاولی : ماذهب الیه المشهور من جواز ردّ الجاریة الحاملة بالوطی و عدم حملها بأم الولد والوجوه التی ذکرها المصنف تأییدا لحملها علی أم الولد و کونها أجنبیة عن جواز رد الجاریة الحاملة بعد الوطی لا ترجع الی محصل أما الوجه الاول الذی هو من عمدة الوجوه فجوابه أن ما ذکره من کون الجملة الخبریة ظاهرة فی الوجوب فهو متین و لکن ذلك لا یوجب حملها علی أم الولد حفظا لظاهرها بل هی ظاهر فی الجاریة الحاملة من غیر المولی فالجملة و ان کانت ظاهرة فی الوجوب و لکن القرینة دلت علی کون الوجوب فی مقام دفع توهم الحظر الناشی من المطلقات الدالة علی مانعیة الوطی من الرد ، فلا تحمل الجملة الانشائیة علی الجواز ابتداء لیکون ذلك الحمل علی خلاف الظاهر ، بل تدل علی دفع توهم الحظر و لازم ذلك هو جواز الرد لا وجوبه فالجملة باقیة علی استعمالها فی الوجوب ، و لکن فی الوجوب فی دفع توهم الحظر و یلزم علیه الجواز والذی یدل علی ارادة الحمل من غیر المولی ما وقع فی بعض تلك الروایات المقابلة بین الجاریة الحبلی اذا وطئها المشتری فحکم الامام علیه السلام بردها و بین الجاریة التی

ليست بحبلى و وطئها المشترى حيث حكم الامام عليه السلام الله بعدم جواز ردها فهذه المقابلة تدل على أن الرد وعدم الرد قد وردا على الورد واحد ومن الواضح أن يقبل هذه المقابلة، أى الرد تارة وعدم الرد اخرى هو البيع الصحيح لا الباطل فتكون أم الولد خارجة عن حدود تلك الاخبار بل الامر كك اذا لم تكن هنا مقابلة حيث ان كلمة ترد الجارية صريحة فى ارادة البيع الصحيح دون الفاسد فلا يمكن حمل الجارية ح على أم الولد وذلك أن من الواضح جدا أن المراد من الرد ليس هو الرد الخارجى الحقيقى لبداهة عدم وجوب ذلك حتى مع كون الجارية أم ولد وبطلان البيع لجواز ابقاء الجارية عند المشترى بالاجازة أو بالاجارة و نحوهما بل المراد من الرد هو الرد الاعتبارى أى الرد الى ملك البايع.

و بعبارة أخرى أن المراد هو الرد الخارجي و لكنه كناية عن الرد الاعتبارى ومن الواضح أن الرد الى ملك البايع لا يمكن الا بالفسخ بعد كون البيع صحيحا فلا يعقل صحة المعاملة مع كون الجارية أم ولد لبطلان البيع مع ذلك.

و الذى يدل على هذا المعنى وعلى كون الوجوب لدفع توهّم الحظر ما فى صحيحة ابن سنان من استشهاد الامام (ع) بقوله لا ترد الجارية التى ليست بحبلى اذا وطئها صاحبها حيث انه لا وجه لذلك بعد كون الجارية أم ولد و بطلان البيع فانه مع بطلان البيع أى معنى لاستشهاده عليه السلام بقسم خاص من البيع الصحيح و أنه لا ترد الجارية فى هذا القسم فتدل هذه المقابلة على كون الصورة الاولى و هو رد الجارية الحاملة مع الوطى فى البيع الصحيح أيضا و هذه الفقرة أى الاستشهاد بكلام على عليه السلام أيضا تدل على كون الوجوب لدفع توهم الحظر حيث انه توهم السائل من المطلقات عدم جواز رد الجارية بعد الوطى مطلقا فدفع الامام عليه السلام

ذلك التوهم باختلاف الموردين .

وبالجملة ففي الرواية قوة ظهور على ما ذكرناه كما لا يخفى ، فالجملة الخبرية انما استعملت في الوجوب و في مقام انشاء الحكم من غير ارادة الجواز منها ليكون خلاف الظاهر منها و لكن في دفع توهم الحظر و لازم ذلك هو الجواز فانه بعد بيان اختلاف الموردين بدفع توهم الحظر يعلم أن فيما نحن فيه يجوز الرد كما أن للرواية قوة ظهور في أن المراد من الرد هو الكناية عن فسخ العقد و أن الرد خارجي و لكن ذلك كناية عن الرد الاعتباري و هو الرد الى الملك و فسخ العقد فافهم ذلك و اغتنم .

والحاصل : أن المستفاد من كلمة يرد في الروايات أن المراد منها هو جواز رد الجارية الحاملة من غير المولى بعد وطي المشتري لها فان الرد كناية عن الرد الى الملك لعدم وجوب الرد الخارجي قطعا لو كان المراد من الحمل كونها حاملة من المولى فتكون الروايات خارجة عن أم الولد موضوعا و تدل على ذلك مقابلة الرد مع عدم رد الجارية بعد الوطي اذا لم تكن حاملة و تكون نفس هذه المقابلة قرينة على كون الجملة الخبرية الدالة على الوجوب واقعة في مقام توهم الحظر .

و ما افاده المصنف من الوجه الاول الذي هو العمدة لا يتم .

أما ما افاده ثانيا من بعد كون المنافع المستوفات في ملك المشتري للبايع كما يقتضيه وجوب رد نصف العشر على البايع و هذا بخلاف ما اذا حملنا الروايات على أم الولد فان اعطاء نصف العشر أو العشر من القيمة في مقابل الوطي كما أن في وطي الحرة شبهة يوجب مهر المثل على الواطي فهو أيضا واضح الدفع فان ذلك حكم قد صدر من الشارع في مورد تعبدا فلابدّ من العمل به كما هو واضح .

وأما الوجه الثالث: من أن كون الحمل من غير المولى يستلزم التقييد فى الروايات الدالة على أن الوطى مانع عن الرد فهو محض استبعاد فأى مانع من التقييد و التخصيص بعد قيام الدليل على ذلك كما هو واضح و قد شاع تخصيص العام حتى قيل ما من عام الا و قد خصّ ·

و أما الوجه الرابع : أعنى دلالة بعض الروايات على حمل الجارية الحاملة على أم الولد و هى تقييد البيع بجهل البايع ففيه ·

أولا : أن ذلك التقييد انما وقع فى كلام الراوى و لا فائدة له ح فان من يبتلى باسألة العوام يعلم أن فى سؤالاتهم قيود لا فائدة فى ذكرها أصلا ·

و ثانيا :أن فائدة التقييد ليس منحصرا بكون الجارية أم ولد بحيث لو لم يكن البايع عالما بذلك لما باع و أما لو كانت الجارية غير أم ولد فلا فائدة للتقييد اصلا فيكون لغوا لامكان أن يكون التقييد من جهة بيان موضوع الخيار و أنه لو كان عالما لبين عيب الجارية و هو الحمل و ح لما كان للمشترى خيار أصلا فيكون الغرض من التقييد هو الاثر الوضعى ويمكن أن يكون الغرض من ذلك هو رفع الحكم التكليفى أيضا فانه لو كان البايع عالما بالعيب لكان بيعه بدون بيان غشا محرما و بعيد من المسلم أن يرتكب بذلك و انما اقدم عليه جهلا و كيف كان فلا دلالة فى هذا التقييد على ما ذكره المصنف و أما ذكر الكسوة فى رواية ابن مسلم فهو انما يشعر بما ذكره المصنف اذا قلنا ان الواجب على المشترى لزوم رد نصف عشر القيمة أو عشر القيمة و أما اذا قلنا أنها أحد افراد الواجب المخير كما سنذكره ، فلا اشعار فيها أصلا بما ذكره المصنف ·

و أما الوجه الخامس :من أنه لو حملنا الجارية على غير أم الولد فيلزم تقييد ما دل على كون التصرف مسقطا لأن الوطى لا ينفك عن التصرفات و

هذا بخلاف ما لو حملناها على أم الولد فانه لا داعي لهذا لتقييد أصلا و فيه :ـ

أولا : أنه لا دليل على كون التصرف مطلقا مسقطا للرد وانما المسقط هو احداث الحدث للنص الخاص على ما تقدم بل يلتزم به المصنف أيضا الا اذا كان كاشفا عن الرضا بالعقد نوعا و قد ناقشنا في ذلك أيضا ٠

و ثانيا : أنه بعد ما قلنا بجواز رد الجارية الحاملة بعد وطي المشتري بها فيدل ذلك بالالتزام على أن التصرفات التي لا تخلو الجارية عنها من مقدمات الوطي أو مثل ناولني الماء و اغلق الباب لا يكون مانعا عن الرد فتكون هذه الروايات مقيدة لما دل على كون التصرف مسقطا للرد كما هو واضح ٠

و أما ما ذكره من أن غاية الأمر وقوع المعارضة بين ما دل على مانعية الوطي عن الرد مطلقا و بين ما دل على عدم مانعية اذا كان الوطي للحاملة بالعموم من وجه فبناء على ما ذكرناه من حمل الاخبار الثانية على الحمل من غير المولى فلا تصل النوبة الى التساقط كما هو الصحيح و قد عرفت عدم تمامية شيء مما ذكره المصنف ليكون مرجحا لما ذكره و قلنا ان المتعين حمل هذه الاخبار على غير أم الولد و مع الغض عن ذلك فتسقط كلتا الطائفتين بالمعارضة ٠

فح فلامانع من الرجوع الى عموم ما دل على جواز الرد بالعيب الا مع احداث الحدث و هو روايتان :ـ

احداهما : حسنة زرارة المتقدمة فانها بعمومها تدل على الجواز لقوله عليه السلام ايما رجل ، الخ ٠

و الثانية : مرسلة جميل بن دراج فانهما تدلان على جواز الرد مع بقاء العين وعدم احداث الحدث فمفهوم الحسنة هو أن التصرف ما لم

يحدث حدثا فى المتاع لا يوجب الرد و الخارج من المفهوم هو وطى المشترى الجارية للروايات الدالة على أن الوطى مانع من الرد و المفروض أنهما ابتليت بالمعارضة فى صورة كون الجارية حاملة و سقطت كلتا الطائفتين فح نرجع الى هاتين الروايتين الدالتين على جواز الرد بالعيب مطلقا الا فى صورة احداث الحدث.

و بالجملة فمقتضى الروايتين هو جواز الرد بالعيب مطلقا وعدم مانعية التصرف عنه الا اذا كان موجبا لاحداث الحدث و قد خرج عن ذلك وطى الجارية فاذا سقط دليله بالمعارضة فنرجع الى ذلك أيضا فنحكم بجواز الرد لهذا العموم فان قوله عليه السلام ايما رجل عام وأما لزوم العقر على المشترى فنثبت ذلك بعدم القول بالفصل ،فافهم.

و هذا الذى ذكرناه غير ما ذكره المصنف على فرض التساقط فانه ذكر أنه اذا تساقطت كلتا الطائفتين و وقعت الخدشة فى عموم ما دل على المنع عن الرد بمطلق التصرف وجب الرجوع الى أصالة جواز الرد الثابت قبل الوطى ثم اثبت لزوم العقر على المشترى بالاجماع المركب أما ماذكره تقديرا لخدشة فى عموم ما دل على مانعية التصرف عن الرد ،فهو مسلّم ، لما عرفت من عدم الدليل على كون التصرف مانعا عن الرد ، بل التلف أيضا كذلك، بل لم يلتزم به المصنف أيضا على اطلاقه و انما ذكر كون التصرف مسقطا اذا كان كاشفا نوعيا عن الرضا بالعقد.

و أما اثبات الجواز باصالة الجواز ثم اثبات العقر على المشترى بعدم القول بالفصل فلا يمكن المساعدة عليه فان التفكيك فى مفاد الاصول مما ليس بغريب فلا بعد من الالتزام بجواز الرد و مع ذلك لم نقل بثبوت العقر على المشترى و ان كان فى الواقع بينهما تلازم فان الاستصحاب و ان كان له نظر الى الواقع ايضا ، و لكن مع ذلك لا تترتب عليه الملازمات العقلية وان كانت

ثابتة فی الواقع.

و من هنا ذکر المصنف فی کتاب الرسائل أنه لو توضاء أحد بماء أحد الانائين المقطوع أحدهما بالنجاسة و توضأ غفلة فانه یحکم بطهارة بدنه لمکان استصحاب الطهارة و بقاء الحدث علی حاله لاستصحاب الحدث مع أنه نقطع بالملازمة بینهما فی الواقع و المقصود أن الملازمة الواقعية لا تقتضی القول بها فی مفاد الاصول ففی المقام أن جواز الرد و ان کان ثابتا بالاصل و لکن لا یترتب علیه عدم القول بالفصل بین جواز الرد و بین ثبوت العقر علی المشتری لعدم غرابة التفکیك بینهما .

و أما بناء علی ماذکرناه فلا یجری ذلك لأن جواز الرد قد ثبت بالاصل اللفظی و بالروایة فلا محالة لا یمکن التخطی من لوازمه أیضا فیجوز اثبات کون العقر علی المشتری بعدم القول بالفصل .

ثم انه مما لابدّ من التنبیه علیه و هو أنه بناء علی حمل تلك الاخبار علی الحامل من غیر المولی کما اخترناه فلا فرق فیه بین البکر والثیب حتی مع کون ازالة البکارة جنایة لأنه مع دلالة النص علی جواز الرد فلا مجال للمناقشة فی ذلك .

و أما مع الاغماض عن ذلك و الحکم بالتساقط علی التقریب الذی ذکرناه فلابدّ من الفرق بین البکر والثیب لأن الروایات التی رجعنا الیها بعد تساقط هاتین الطائفتین انما دلت علی جواز الرد مع عدم احداث الحدث و أما مع احداث الحدث فلا یجوز الرد و من الواضح جدا أن ازالة البکارة من البکر من اوضح أفراد احداث الحدث فلا یجوز الرد مع ذلك .

ثم انه ربما یقید هذه الأخبار بکون الحمل من المولی بوجه سادس غیر ما ذکره المصنف من الوجوه ، و حاصله أن هذه الأخبار الدالة علی جواز الحامل بعد الوطی مطلق من حیث کون الواطی عالما بالحمل أو جاهلا به

و ح ان قلنا بعدم سقوط الرد بالوطى مع العلم بالحمل فهو بعيد ، و ان قلنا بكون هذه الروايات مقيدة بحال الجهل فهو تقييد بلا موجب و هذا بخلاف أن تحملها على الحمل من المولى فانه ح تبقى الروايات على حالها من غير أن تكون مقيدة بالعلم والجهل فانه سواء علم المشترى بكون الجارية حاملا أو لم يعلم بها و وطئها فانه يجب عليه ردّها ورد نصف العشر من قيمتها كما هو واضح و قد اشارة المصنف الى حكم الوطى مع العلم أو بدونه فى آخر كلامه من هذا بحث و قد اشار الى هذا الوجه المحقق الايروانى ايضا اقول يرد عليه أولا أن الروايات المطلقة من حيث جهل المشترى بالحمل أو علمه به ضعيفة السند فان هنا ستة روايات أو سبعة ان كان ما ذكره فى الكافى بعنوان روى رواية مستقلة و الصحاح منها و هى ثلاثة مقيدة بجهل المشترى و ما لم يقيد به ضعيف السند.

و ثانيا أن النسبة بين وطى الجارية مع العلم بكونها حاملا وبين سقوط الرد بالوطى عموم من وجه فانه قد يكون الواطى مع العلم به راضيا بالعقد فح يسقط الرد و قد يكون الرضا بالعقد بدون الوطى و قد يطائها ولكن ناسيا للحمل أو غفلة عن ذلك أو مترددا فى أنه يفسخ أولا أو بانيا على أنه لا يفسخ ففى هذه الصور كلها لا يسقط الرد فان مجرد الوطى لا دليل على كونه مسقطا للردّ الا فى غير مورد الحمل للروايات المطلقة المقيدة بهذه الروايات و اذن فلا دلالة فى وطى الجارية مع العلم بحملها على الرضا بالعقد كما هو واضح .

فتحصل أن الظاهر هو كون هذه الأخبار ناظرة الى ما ذهب اليه المشهور فلا وجه لما ذهب اليه الاسكافى و تبعه جملة من الأعاظم و قربه المصنف بالوجوه المذكورة .

ثم انه يحكم بثبوت نصف عشر القيمة مطلقا سواء كانت الجارية بكرا أم

ثيبا أو يحكم بثبوت نصف العشر فی الثيب، و أما البكر فلا فيها من رد عشر القيمة فالمشهور بين الاصحاب، بل عن الانتصار دعوى الاجماع علی اختصاص نصف العشر بالثيب، وعدم شمول ذلك للبكر اذا كانت حاملا بالسحق أو بالوطی من الدبر، أو نحو ذلك، و لكن ذكر المصنف الا أن يدعی انصراف اطلاق الفتاوی و معقد الاجماع كالنصوص الی الغالب من كون الحامل ثيبا فلا يشمل فرض البكر بالسحق أو بوطی الدبر، و لذا ادعی عدم الخلاف فی السرائر علی اختصاص نصف العشر بالثيب و ثبوت العشر فی البكر ثم ذكر بل معقد اجماع الغنية بعد التأمل موافق للسرائر الخ .

أقول : لا مدرك لما ذكره فی السرائر من ثبوت نصف عشر القيمة فی الثيب و عشر القيمة فی البكر الا مرسلة الكافی من أنه ان كانت بكرا فعشر قيمتها و ان كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها ، وان قلنا بكون الشهرة جابرة لضعف الرواية صغری و كبری ان قلنا بكون المشهور مستندا فی فتياهم علی نصف عشر القيمة فی الثيب و عشر القيمة فی البكر الی هذه الرواية و قلنا بكون الشهرة جابرة لضعف الرواية فلا بأس لكونها مستندا للتفصيل ، ولكن ذلك ممنوع صغری و كبری .

و أما ما ورد فی رواية عبد الرحمن بن أبی عبد الله ، عن الصادق عليه السلام الله : من أنه يرد الجارية و يرد معها شيئا غير مناف لاعطاء نصف عشر القيمة لامكان انطباق الشیء عليه علی أن المظنون أن الرواية ضعيفة السند .

و أما ما فی رواية عبد الملك بن عمرو عن ابی عبد الله عليه السلام فی رجل يشتری الجارية و هی حبلی فيطأها، قال : يردها و يرد عشر قيمتها ، فهی أيضا لا تدل علی وجوب رد عشر القيمة فی البكر ، لأنها أولا ضعيفة السند و ثانيا أن حملها علی البكر حمل للمطلق علی المورد النادر فان كون

البكر حاملا بالسحق أو بالوطى بالدبر، لا يتفق الا نادرا و لعله لم يتفق الى الآن الا مرة أو مرتين ، فلا يمكن حمل المطلق على مثل هذا الفرد النادر و ح ابقائها على اطلاقها يقتضى المعارضة مع الروايات الكثيرة فلابدّ من تقديمها على هذه الرواية لكونها مشهورة فان نصف العشر قد رواها المشهور بخلاف عشر القيمة ·

و من هنا ذكر بعضهم أنه سقط منها لفظ النصف قبل كلمة عشر قيمتها و أنها كسائر الروايات من حيث المفاد ، بل قيل أن الصدوق رد ها مع اضافة كلمة نصف قبل كلمة عشر ، و أما ما فى صحيحة محمد بن مسلم من أنه يرد الجارية و يكسوها فحمل الكسوة على كونها مساوية لنصف عشر القيمة كما صنعه المصنف بعيد و حمل بلا موجب، بل الصحيح أن يقال أنه أحد افراد الواجب المخير فيكون المشترى مخيرا بين ردّ نصف عشر القيمة و اعطاء السكوة لكون الرواية صحيحة من حيث السند ، وواضحة الدلالة فلا وجه لرفع اليد عنها و حملها على شيء آخر كما اذا ورد وجوب الاتمام فى مورد و ورد فيه أيضا تعين القصر فحيث انه قامت الضرورة على عدم وجوب صلاتين فى يوم واحد فنرفع اليد عن كون الأمر ظاهر فى التعين فيهما فنحملهما على التخيير ·

و دعوى أن ازالة البكر أمر آخر وراء الوطى ، بل قد عرفت أنها جناية فكيف يمكن الحكم باتحادهما فى ردها و الرد معها نصف عشر القيمة ·

دعوى فاسدة لأنه يختلف نصف عشر القيمة فى الثيب مع نصف عشرها فى البكر حيث ان قيمة البكر اكثر من الثيب فاذا رد معها الى البايع نصف عشر قيمتها تنجبر معه جناية البكر و ارش ازالة البكارة مثلا اذا كانت قيمة الثيب عشرين و قيمة البكر خمسين فيكون نصف العشر فى الثيب دينار و فى البكر دينارين و نصف، فيكون التفاوت بينهما تفاوتا بين وطى الثيب ووطى البكر و ازالة بكارتها ·

ثم انه هل يشمل الوطي فی الدبر أيضا أم لا ؟ فقد توقف المصنف فی ذلك من حيث ان اطلاق الوطي يشمله فيجوز ردّها مع وطيها فی دبرها أيضا و من حيث انه يمكن دعوى انصرافه الى الوطي المتعارف فيقتصر فی مخالفة العمومات على ظاهر اللفظ فلا يجوز ردها بعد الوطي فی دبرها و لكن الظاهر أنه لا وجه لتوقف المصنف سواء قلنا بشمول الاطلاقات له أو قلنا بانصرافها عنه و ذلك ٠

أما بناء على شمول الاطلاق له فواضح ٠

و أما بناء على انصراف لفظ الوطي عنه و عدم شمول الاطلاق له فمن جهة أنه لا يكون ح مشمولا لما دل على عدم جواز الرد بالوطي أيضا فكلمة الوطي فی كلا الموردين قد استعملت على نسق واحد فلا وجه لدعوى شموله للوطي فی الدبر فی تلك الأخبار و عدم شموله له فی هذه الأخبار و قد ذكرنا سابقا أن الوطي بما هو وطي ليس احداثا للحدث حتى يمنع عن الرد كما هو واضح فعلى كل حال فلا وجه لدعوى أن الوطي فی الدبر يمنع عن رد الجارية ٠

و أما اللمس والتقبيل و نحوهما من مقدمات الوطي فلا ينبغي التعرض لها أصلا فان من الواضح جدا أن الوطي لا يخلو عن تلك المقدمات الا اذا كان الواطي حيوان فالملازمة العادية تقتضي عدم الانفكاك بينهما و اذا فالنص الدال على جواز ردّ الحامل بعد الوطي يدل على جواز ردّها مع وقوع هذه المقدمات عليه بتلك الملازمة العادية فلا نحتاج ح الى دعوى الاولوية أصلا ٠

ثم انه لو انضم الى الحمل عيب آخر فقد استشكل فی سقوط الرد بالوطي هنا من صدق كونها معيبة بالحمل و كونها معيبة بغيره فأجاب عنها المصنف (ره) بأن كونها معيبة بغير الحمل لا يقتضي الا عدم تأثير ذلك العيب فی

الرد مع التصرف لا نفى تأثير عيب الحمل ٠

و بعبارة أخرى أن سقوط الرد بالوطى للمطلقات من ناحية العيب الذى غير الحمل لا يتقضى سقوط الرد من ناحية العيب الآخر الذى هو الحمل بل يجوز الرد لهذا فانه يصدق ح أنهاجارية حامل وطئها المشترى فلا تنافى بين سقوط الرد لعيب و بقاء حق الرد لعيب آخر كما لا يخفى فافهم ٠

قوله الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشترى أقول: ذكر المصنف أن حدوث العيب فى المبيع قد يكون قبل القبض و قد يكون بعده و ماكان بعده قد يكون فى زمن الخيار للمشترى و قد يكون بعده ، فقال ان مورد البحث هنا هو العيب الحادث بعد القبض و بعد مضى زمان الخيار أى خيار الحيوان و الشرط و المجلس بناء على الحاقه بهما فان ذلك يوجب سقوط حق الرد و عدم جواز رده على البايع لكونه احداثا للحدث و أما اذا كان قبل القبض أو بعده و لكن فى زمن الخيار فلا يكون مسقطا للردّ ٠

أما الاول : فلعدم الخلاف فى أنه كالعيب الحادث قبل العقد حتى فى ثبوت الأرش كما يذكر فى أحكام القبض ٠

و أما الثانى : فلعدم الخلاف فى أنه غير مانع عن الرد ، بل هو سبب مستقل موجب للردّ ، بل الأرش أيضا على الخلاف السابق فيما قبل القبض أقول : ان قلنا بأن نفس حدوث العيب بعد البيع و قبل القبض أو بعد القبض و لكن فى زمن الخيار فلا شبهة فى أن هذا العيب الحادث لا يوجب سقوط الردّ ، فان هذا كحدوث العيب قبل العقد سبب مستقل لجواز الرد فلا يكون موجبا للسقوط ، بل مع وجود عيب آخر قبل العقد يكون هذا مؤكدا لجواز الردّ فكيف بالسقوط كما هو واضح ٠ و على هذا فلا يكون الجزء المتقدم الدال على سقوط الرد باحداث الحدث شاملا للمقام ٠

و لکن التحقیق هو التفصیل فی المسئلة بأن نقول ان حدوث العیب بعد العقد ان کان قبل القبض فلا یکون مانعا عن الردّ و أما اذا کان بعد القبض کان مانعا عن الردّ ، و ان کان فی زمن الخیار و ان کان الضمان علی البایع و ذلك لأن روایة زرارة دلت علی أن من احدث فی المبیع بعد ماقبضه لیس له أن یردّه فتدل هذه الروایة علی عدم جواز الردّ بعد القبض و أما قبل القبض فلا ٠

نعم یکون الضمان علی البایع بمقتضی الدلیل الدال علی أن العیب و التلف قبل القبض من البایع و بمقتضی الدلیل الدال علی أن العیب فی زمان خیار الحیوان و الشرط و المجلس الحاقا له بهما من البایع و دعوی الملازمة بین کون الضمان علی البایع و بین جواز الردّ کما فی المتن دعوی لا یمکن تصدیقها کما ذکرناه فان ثبوت الضمان بقاعدة أن التلف قبل القبض أو فی زمن خیار الحیوان و الشرط و المجلس الحاقا من البایع وجواز الردّ قبل القبض و عدم جوازه بعده فمن جهة روایة زرارة و مرسلة جمیل الدالة علی عدم سقوط الردّ مع قیام العین و سقوطه مع عدم قیامها علی حالها فلا تنافی بینهما کمالا یخفی ٠

ثم ان هذا الذی ذکرناه من البحث تطفلی من جهة و استقلالی من جهة أخری من جهة أنه یجوز الردّ بعد حدوث العیب قبل القبض أو بعده فی زمن الخیار أو بعد زمان الخیار فالبحث استقلالی فمن جهة أن الضمان علی البایع أولا فالبحث تطفلی فانه یأتی فی احکام الخیار و احکام القبض و انما المهم الذی عقد له البحث هنا هو أن التعیب فی زمان الخیار هل یبقی حکمه اعنی الضمان بعد زمان الخیار أم لا ؟

و حاصل الکلام : أن مورد بحثنا هو حدوث العیب فی المبیع المعیوب عند المشتری و أنه هل یکون مانعا عن الردّ أو لم یکن کك سواء کان قبل

القبض أو بعده فى زمان الخيار أو بعد زمان الخيار فذكر المصنف أن مورد بحثنا هو حدوث العيب فى المبيع الذى كان معيوبا عند المشترى وحدوث العيب بعد زمان الخيار وأنه هل يكون مانعا عن الردّ بالعيب السابق أولا وأما حدوث العيب قبل القبض وبعد البيع أو فى زمان الخيار فلا شبهة فى عدم كونه مانعا عن الردّ تفصيل الكلام هنا يقع فى جهتين :ـ

الاولى : أن العيب الحادث بعد زمان البيع وقبل القبض أو فى زمان الخيار وبعد القبض أو بعدهما هل يكون موجبا لحدوث الخيار الأخر غير خيار الثابت بالعيب الحادث قبل البيع عند البايع أم لا ؟

والجهة الثانية فى أن العيب الحادث بعد البيع وقبل القبض أو بعده وفى زمان الخيار أو بعده هل يكون مانعا عن الردّ بالعيب السابق على العقد أم لا يكون كك والظاهر المشهور بل المجمع عليه أنه لا يجوز الردّ بالعيب الحادث عند المشترى وانما له مطالبة الأرش فقط كما هو ظاهر والمدرك لذلك مرسلة جميل المتقدمة الدالة على عدم جواز الردّ مع عدم بقاء العين بعينها ومن الواضح أن حدوث العيب يوجب عدم بقاء العين على حالها ٠

وتدل على ذلك أيضا رواية زرارة التى هى العمدة فى المقام فانا ذكرنا أن قوله عليه السلام احدث كناية عن حدوث الحدث فى الحيوان بأى نحو كان وان لم يكن باختيار من المشترى أو بفعله ، بل صدر منه الحدث فى حال الغفلة أو عن الغير اذ لا خصوصية فى حدوثه من المشترى بحيث يستند الحدث اليه فى حال اختيار فتدل الرواية على مانعية احداث الحدث فى يد المشترى بأى نحو كان عن الرد فى الجملة كما هو واضح ٠

وانما الكلام فى أن حدوث العيب بعد البيع وقبل القبض أو بعد القبض وفى زمان الخيار ، هل يكون سببا لحدوث الخيار أو مانعا عن الردّ

أم لا ؟

فنقول ان مرسلة جميل و ان كانت مطلقه بالنسبة الى بعد البيع مطلقا و انها دلت على عدم جواز الردّ بالعيب الحادث بعد العقد ولكن العمدة فى المقام هى رواية زرارة و هى دلت على جواز الردّ بالعيب الحادث قبل القبض و بعد العقد للعيب السابق على العقد و أن حدث هنا عيب أيضا و أنه لا تمنع عن الردّ بالعيب السابق ٠

و على الجملة أن مقتضى القاعدة و مقتضى رواية جميل و ان كان هو مانعية العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض عن الردّ بالعيب السابق و الخيار بنفس هذا العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض ولكن مقتضى رواية زرارة هو عدم مانعية العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض عن الردّ بالعيب اللسابق على العقد ٠

و أما اذا حدث العيب بعد القبض و فى زمان الخيار فهل يكون ذلك مانعا عن الردّ بالعيب السابق على العقد أم لا٠

فنقول : ان الظاهر و ان كان عدم ثبوت الملازمة العقلية بين كون العيب الحادث فى زمان الخيار سببا للخيار و بين كونه مانعا عن الردّ بالعيب السابق و أن احدى الجهتين غير مربوطة بالجهة الأخرى عقلا الا أن مقتضى الفهم العرفى والارتكاز العرفى هو ثبوت الملازمة بين كون العيب الحادث قبل القبض و بعد العقد أو بعد القبض و فى زمان الخيار بنفسه سببا للخيار و غير مانع عن الردّ بالعيب السابق بأن يكون مؤكدا له و بين عدم كونه سببا للخيار و مانعا عن الردّ بالعيب السابق و ان قلنا فى المسئلة الاولى أعنى مانعية العيب عن الردّ فى صورة حدوث العيب قبل القبض و بعد العقد من جهة رواية زرارة كما هو واضح ٠

و تظهر الثمرة بين كون العيب الحادث فى زمان الخيار أو قبل القبض

بنفسه سببا للخيار أولا هو أنه بناء على كونه بنفسه سببا للخيار ومانعا عن الرد بالعيب السابق و بين عدم مانعيته هو أنه لواسقط المشترى خياره الثانی يبقى خياره الاول ،أى الحاصل بسبب العيب الاول و الا فلا خيار له أصلا ·

و حيث ان العرف يفهم الملازمة بين كون حدوث العيب فى زمان الخيار أو قبل القبض سببا للخيار و بين عدم كونه مانعا عن الرد فلابدّ من التكلم فى الجهة الاخرى و هى أن حدوث العيب هل يكون سببا لثبوت الخيار أم لا ؟

فنقول انه قد ثبت فى الشريعة المقدسة أن التلف أو العيب قبل القبض يكون من مال البايع فهذا المعنى يتصور على وجوه :ـ

الاول : أن يكون المراد من كون ضمانه عليه أن دركه عليه بأن يخرج البايع عن عهدة ضمان المال حين التلف على النحو الذى تلف أى على القيمة التى تلف عليها مثلا ، اذا كان المال حين التلف يساوى بعشرة دنانير فيكون ذلك من البايع و هذا المعنى بديهى البطلان فان لازم ذلك أن يكون اضعاف قيمة المبيع على البايع فى بعض الاحيان كما اذا باع المتاع بقيمة رخيص أو ترقت قيمة السوقية و هذا لم يلتزم به أحد ، بل لم يحتمله أحد على ما نعلم ·

الثانی : أن المراد من كون الضمان قبل القبض أو فى زمن الخيار أى خيار الحيوان و الشرط بالأصالة كما تقدم و خيار المجلس بالالحاق هو كون عهدة المال من التلف والتعيب على البايع كما كان له قبل البيع فح كان للقول بكون العيب موجبا لجواز الرد له وجه وجيه ، و لكن لا دليل على تنزيل العيب فى زمن الخيار أو قبل القبض على التعيّب قبل العقد بحيث يكون هذا مثله بل الظاهر هو الوجه الثالث و هو ان يكون ضمان العيب و التلف

في زمن الخيار و قبل القبض على البايع بمعنى أن يفرض البيع كلا بيع و كأنه لم يكن هنا بيع و التعيب و التلف انما كان في ملك البايع وعلى هذا فان تلف المبيع ينفسخ البيع من اصله و الا فكان له مطالبة ضمانه وهو الأرش أي يطلب من البايع جزء من الثمن و أما جواز الرد فلا يستفاد من هذا القاعدة نعم ثبت برواية زرارة جواز الرد أيضا قبل القبض.

و الحاصل: أنه لا دليل على جواز الرد بعد تعيب المبيع الا اذا كان ذلك قبل القبض و بعد البيع و أما في غير هذه الصور فلم يثبت الرّد بل لا شيء على البايع أصلا كما اذا كان التعيب بعد انقضاء الخيار أو عليه اعطاء الأرش كما اذا كان التعيب في زمن الخيار كما هو واضح.

قوله: و المراد بالعيب هنا مجرد النقص لا خصوص ما يوجب الأرش فيعم عيب الشركة. أقول: قد ذكر المصنف أن المراد بالعيب هنا مجرد النقص فاذا حدث نقص في المبيع يكون مانعا عن الرد بالعيب السابق و هذا يشمل كلما يكون موجبا لنقص المالية كنسينا العبد الطحن أو الخياطة و نحو ذلك لا خصوص العيب و النقص الذي يكون موجبا للأرش فقط كزوال وصف الصحة.

أقول: قد عرفت أنه لم يرد في روايات الباب لفظ العيب حتى نجمد في ظهوره و صدقه، بل المدرك لما نحن فيه انما هو رواية زرارة أو مرسلة الجميل فالمذكور في الاولى هو أن احداث الحدث مانع عن الردّ و المذكور في الثانية هو أن عدم قيام العين بعينها مانع عن الرد صدق شيء من أحد هذا ين العوانين فلا يجوز الردّ بالعيب السابق، بل يطالب المشتري من البايع الأرش و الا فجاز الرد سواء صدق عليه لفظ العيب أم لم يصدق، فانه على كل تقدير ليس مناطا للحكم في المقام وعلى هذا فلا شبهة في شمول الروايتين لما حدث فيه عيب، كما اذا اشترى عبدا كان أعمى و صار

أخرس عند المشترى أو أعرج فانه لا يجوز ح الرد بالعيب السابق ، فان ذلك من أظهر أفراد احداث الحدث و كك من أظهر أفراد عدم قيام العين بعينها و هذا لا كلام فيه ·

و أما اذا كان الناقص عند المشترى هو وصف الكمال الذى له دخل فى زيادة المالية كما اذا كان العبد خياطا فزال عنه وصف الخياطة أو كان كاتبا فزال عنه صفة الكتابة و هكذا أو أشترى دابة كانت تحسن الطحن فنسيت ذلك ففى هذه الصورة و ان كان يصدق على العين أنها قائمة بعينها و لكنه يصدق عليه أنه حدث فيه حدث فانه أى حدث أعظم من الجهل ومن النسيان ،فيكون ذلك مشمولا لرواية زرارة و ان لم يكن هذا الحدث بغير اختيار من المشترى على ما ذكرناه من أن احدث كناية عن حدوث الحدث فى المبيع و ان لم يكن باختيار من المشترى كما لا يخفى ·

بل يمكن الاستدلال على ذلك بمرسلة الجميل أيضا فان قيام العين و ان لم يناف بظاهره مجرد نقص الاوصاف كما اعترف به بعضهم فى مسئلة تقديم قول البايع فى قدر الثمن مع قيام العين الا أن الظاهر من التمثيل لعدم قيام العين بمثل الصبغ و خياطة الثوب يعلم أن المراد من عدم قيام العين هو مطلق حدوث الحدث و ان لم يكن نقصا موجبا لعدم بقاء العين على ما هو عليه ،فان مجرد صبغ الثوب و خياطته ليس موجبا لنقصان العين بل ربما يزيد قيمة الثوب ،و لكن من حيث أن الثوب بعد الصبغ و الخياطة لا يكون قابلا لصبغ آخر و خياطة أخرى يكون حدثا و موجبا للنقص ومن هذا القبيل الوصف الكمال الذى يكون موجبا لزيادة القيمة عند بعض ولكن يوجب النقص عند نوع الناس كطحن الحنطة فان الطحن صفة كمال وتوجب زيادة القيمة أيضا و مع ذلك الوصف لا يصدق قيام العين بعينها فيكون مانعا عن الرد لكونه موجبا لعدم رغبة نوع الناس اليه كالتجار فانهم يرغبون فى شرائهم

للتجارة الحنطة دون الطحن لعدم بقاء الطحن مدة مديدة بخلاف الحنطة فلا يجوز رد العين معه أيضا ٠

و على الجمل فالمناط فی عدم جواز رد العين بالعيب السابق هو احداث الحدث و عدم قيام العين بعينها و ان لم يكن الحدث عيبا و موجبا لنقصان المالية. أما الاول بنص رواية زرارة و أما الثانی فبقرينة التمثيل بالصبغ و الخياطة الذی ليسا من قبيل ما يوجب عدم قيام العين بعينها عرفا ٠

و لكن الذی ينبغی أن يقال انا لا نعقل حدوث زوال وصف الكمال فی المبيع و مع ذلك لا يكون سببا لنقص المالية و أما مثل الشركة التی مثل بها المصنف فسيأتی الكلام فيها و عليه فاذا زال وصف الكمال يكون موجبا لنقصان المالية أيضا فيكون ذلك مانعا عن الردّ من جهة صدق احداث الحدث عليه و عدم قيام المال بعينها الذی أعم من حدوث تغيّر فی العين أو حدوث تغيّر فی الوصف على ما استفداه من التمثيل بالصبغ و الخياطة ٠

و أما توهّم أن وصف الكمال لا يقابل بالمال و أما وصف الصحة فيقابل بالمال ، فيثبت الأرش فی الثانی دون الأول ، كما اشار اليه المصنف فيما يأتی فی جواب العلامة فقد تقدم الكلام فی ذلك مفصلا و قلنا ان مطلق الاوصاف و ان كانت موجبة لزيادة المالية فی العين و لكن شیء منها لا يقابل بالمال ، فلا يقال أن العين قيمتها كذا و قيمة بياضها كذا ، كما لا يخفی ، و من هنا ظهر حكم الوصف الذی ليس بوصف صحة و لا وصف كمال فزواله لا يوجب المنع عن الرد بالعيب السابق لعدم صدق احداث الحدث على زواله و عدم صدق عدم قيام العين بعينها مع انتفائه كما هو واضح ٠

و اذا كان التغير بزيادة وصف الكمال فی المبيع بأن كان العبد كاتبا أو عالما ورعا أو خياطا فانه لا شبهة فی جواز الرد هنا بالعيب السابق و

لا يكون حدوث ذلك مانعا عن الرد بالعيب السابق فان هذا لا يوجب عدم قيام العين بعينها الذى ذكر فى مرسلة الجميل و ليس ذلك أيضا نقصا فى العين فان الظاهر من احداث الحدث المذكور فى رواية زرارة هو أن يكون الحدث موجبا لنقص كما هو الظاهر منها بمناسبة الحكم و الموضوع أيضا و أما ما يكون وصفا للكمال فلا يكون ذلك نقصا كما هو واضح ٠

وعلى الجملة : اذا اشترى المشترى متاعا فوجدها معيوبا بعيب قبل العقد و مع ذلك حدث عنده حدث ، و هذا يكون على أقسام :—

الاول : أن يحدث فى العين عيب عنده و زال عنها وصف الصحة كما اذا كان العبد أعمى و صار أخرس ، وهذا لا شبهة فى كونه مانعا عن الـرد بالعيب السابق و ينتقل الى الأرش ٠

الثانى : أن يكون الحدث نقصان وصف كمال بحيث لا يوجب نقصان الماليه و لا يستلزم الأرش على ما ذكره المصنف ، و قد ذكرنا عدم معقولية ذلك ، وعلى تقدير تعقله فلا يكون ذلك مانعا عن الرد ٠

الثالث : أن يكون الحادث وصفا و لكن وصف كمال عند بعض و موجبا للنقص عند نوع الناس ، كطحن الحنطة فان الطحن اذا كان قليلا فهو يوجب المزية و أما فى الكثير بحيث يكون من امتعة التجارة فهو نقص فلا يرغب به التجار كما يرغبون الحنطة ٠

الرابع : أن يكون الزائل وصف كمال ، كنسيان العبد وصف الكتابة و نسيان الدابة الطحن فلا شبهة فى كون ذلك مانعا عن الرد أيضا كما تقدم

الخامس : أن يكون الحدث وصفا لا يوجب زوال وصف الكمال ولا زوال وصف الصحة ، بأن لا يكون دخيلا فى المالية بوجه و هذا أيضا لا يمنع عن الرد ٠

السادس : أن يكون الحادث وصف كمال فقد عرفت عدم مانعية ذلك

أیضا عن الرد بالعیب السابق کما هو واضح و لا یفرق فی ذلك بین کون الحادث وصفا خارجیا أومعنویا و من جمیع ما ذکرناه ظهر الجواب عما ذکره العلامة فی التذکرة من جعل مدرك الحکم دلیل لا ضرر و أن تحمل البایع النقص الحاصل فی یده لیس بأولی من تحمل المشتری لما حدث عنده من العیب فانه یرد علیه مضافا الی عدم کون المدرك هو لا ضرر، بل النص کما تقدم و أنه من الوجوه الاستثنائیة ما ذکره المصنف، فراجع.

قوله: ثم مقتضی الاصل عدم الفرق فی سقوط الخیار بین بقاء العیب الحادث و زواله.

أقول: وقع الخلاف فی أنه اذا زال العیب الحادث فی ملك المشتری هل یمنع ذلك من الرد بالعیب السابق أو لا یمنع ؟ و قد اختلف کلمات العلامة فی کتابیه، فذکر فی التذکرة عندنا أن العیب المتجدد مانع عن الردّ بالعیب السابق سواء زال أم لا ؟ و لکن ذکر فی التحریر لو زال العیب الحادث عند المشتری و لم یکن بسببه کان له الردّ و الأرش علیه، و ذکر المصنف (ره) أن مقتضی الاصل هو عدم الفرق فی سقوط الخیار بین بقاء العیب و زواله فلا یثبت الخیار بعد زواله، ومراده من الاصل هو الاستصحاب فان الزوم قد ثبت باحداث الحدث فزواله یحتاج الی دلیل فنستصحب اللزوم و عدم الخیار.

أقول: ان کان المدرك لسقوط الرد هو روایة زرارة کما بنینا علیه فلا شبهة فی سقوط الردّ و عدم عوده بزوال العیب. و ان کان المدرك لذلك هو مرسلة جمیل أو هی مع روایة زرارة فیعود جواز الردّ بزوال العیب.

و توضیح ذلك أن روایة زرارة انما دلت علی اللزوم و عدم الرد باحداث الحدث و من الواضح ان اطلاق ذلك محکم حتی بعد زوال العیب.

و دعوی انصرافها الی صورة بقاء الحدث فاسدة فان ذلك انما یتم اذا

استدلنا بها بكلمة احدث بما أنه فعل ماض ،و قلنا بأنه اذا ارتفع العيب يكشف ذلك أن الخيار من الأول لم يرتفع فان المنصرف من احدث هو أن يكون الحدث حين الرد موجودا و أن البايع لا يأخذ ماله على النحو الذي اعطاه للمشترى كما تقدم ذلك سابقا و أما اذا لم يكن موجودا فلا بوجب السقوط و لكن لا نقول هنا هكذا ،بل نقول أن مقتضى الرواية هو اللزوم بمجرد احداث الحدث و اطلاقها عدم الفرق بين الزوال و البقاء فنأخذ باطلاقها و نحكم باللزوم على وجه الاطلاق كما هو واضح ،و أما اذا قلنا بأن المدرك لعدم جواز الرد بالعيب السابق بما حدث عند المشترى من العيب.

فح نقول أن المدار ح هو صدق بقاء العين عند الرد و من الواضح أنه يصدق على العين أنها باقية اذا تعيّبت و زوال عنها العيب و على هذا فلا يسقط الخيار اذا تعيّبت العين و زال عنها حين الرد بناء على كون المدرك هى المرسلة.

و أما اذا كان المدرك هو المرسله مع رواية زرارة فلأن مرسلة جميل دلت على جواز الرد مع بقاء العين سواء حدث فيها حدث ثم زالة عنها الحدث أم لا ، بل كانت العين باقية على حالها لصدق بقاء العين عرفا ح و ان لم يصدق عليها البقاء بالدقة العقلية و رواية زرارة انما دلت على جواز الردّ باحداث الحدث مطلقا سواء زال عنها الحدث أم لم يزل فالنسبة بينهما هى العموم من وجه فتقع المعارضة بينهما فيما اذا حدث فى العين حدث فزال عنها ذلك،فان مقتضى المرسلة هو جواز الرد و مقتضى روايةزرارة هو عدم جواز ذلك فتسقطان فى مورد المعارضة فيرجع الى عموم ما دل جواز الرد بالعيب السابق و لكن هذا الكلام هنا مبنى على مسألة أصولية و هى أن أدلة حجية الخبر الواحد هل تشمل مثل مرسلة جميل و ابن أبى عمير و نحوهما التى قيل ان مراسيل هؤلاء مثل الروايات الصحيح و ادّعوا الاجماع

على صحة ما يصح عن هؤلاء، و اذا وصل اسند الى هؤلاء سقط السؤال عن كيفية السند هل يحكم بصحة روايتهم و ان كانت مرسلة و ان اعبر صاحب الحدائق عن مرسلة جميل بالصحيحية وعلى هذا المبنى تقع المعارضة المذكورة فمقتضى القاعدة هو الذى حققناه، و لكن ذكرنا فى الجزء الاول أنه لا دليل على حجية مرسايل هؤلاء و الاجماع الذى ادعوه لا نقطع بتحققه و لا بحجية اذ لا نعلم أن الواقع بين هؤلاء وبين الامام عليه السلام اشخاص موثقين كما هو واضح ٠

وعلى هذا فالمدرك ينحصر برواية زرارة و ما ذكرناه من ثمرة تلك الكبرى الكلية الاصولية ٠

ثم اذا كان الحدث مانعا عن الردّ فهل يجوز رده مع رضى البايع بالردّ اما مع الارش أو بدونه أم لا يجوز؟

فنقول : ان المشهور هو كون المشترى مخيرا بين أمور ثلاثة : الردّ و الامضاء مطلقا، أو مع الأرش و أن هذا التخيير ابتدائى و لكن قد ذكرنا سابقا أن الظاهر من الرواية رواية زرارة هو أن التخيير بدوا و انما هو بين الردّ و الامضاء و مع سقوط الرد فيثبت له الأرش فللمشترى ح مطالبة الارش فقط، ليس الا و قد حملنا على ذلك فيما سبق عبارة المبسوط حيث التزم بثبوت الأرش مع اليأس عن الردّ و قلنا أن ما اشكل عليه المصنف من أن الاطلاق يدفع ما ذكر فى المبسوط و قلنا هناك انه لا اطلاق هنا حتى ينافيه و لكن الظاهر أن ما ذكره المصنف صحيح حيث ان اطلاق رواية زرارة الدالة على اللزوم بمجرّد احداث الحدث مطلقا محكم فيكون دافعا لما ذكره فى المبسوط اذ بناء على الأخذ بالاطلاق أنه لا يجوز الرد مع احداث الحدث بل تصل النوبة الى الأرش و لكن مع رضاية البايع بالرد جاز الرد لا من جهة الرواية، بل لكونه اقالة لجوازها ٠

و أما مع عدم رضاء المشترى بالرد حتى مع عدم الأرش لما احدثه من الحدث فلا ملزم للردّ ، بل تصل النوبة الى الأرش و أما بناء على ما ذكره الشيخ فى المبسوط فلا تصل النوبة الى الأرش مع رضى البايع بالردّ مع الأرش بما أحدثه المشترى أو بدونه اذ لم يحصل اليأس من الرد بعد حتى تصل النوبة الى الأرش .

و على الجملة بناء على الاخذ باطلاق رواية زرارة لا يجوز للمشترى أن يردّ المبيع مع احداث الحدث و تصل النوبة الى الأرش ، وأما مع رضاء البايع بالردّ و رضاء المشترى بذلك فلا شبهة فى جوازه لكون ذلك مثل الاقالة فلا يحتاج الى رواية و لكن للمشترى أن يرضى بذلك و أن لا يرض و يطالب الأرش و لكن بناء على قول المبسوط فلا تصل النوبة الى الأرش لعدم يأس المشترى عن الردّ ثم اذا رض البايع بالرد مع الأرش فيرض المشترى أيضا بذلك فلابدّ له من رده على البايع و هذا الارش غير الأرش الذى لزم ردّه للبايع على المشترى فانه هو التفاوت بين الصحيح و المعيب و الردّ من الثمن بذلك التفاوت فهذا الأرش لازم بالضمان المعاملى و هذا بخلاف الأرش الذى وجب للمشترى ردّه على البايع فانه انما ثبت بضمان اليد و الأرش هنا هو للتفاوت فيما بين الصحيح و المعيب بالقيمة الفعلية ، سواء ترقت العين عن القيمة الأولى أم لا ؟ كما هو واضح .

قوله : تنبيه ظاهر كره .

و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة .

أقول : ذكر المصنف أن توضيح المقام هو أن التعدد المتصور فيه التبعض اما فى العوض ثمنا أو مثمنا أو فى البايع أو فى المشترى ، ثم ذكر أمثلة ذلك ثم قال أما التعدد فى الثمن بأن يشترى شيئا واحدا بعضه بثمن و بعضه الآخر بثمن آخر فلا اشكال فى كون هذا عقدين و لا اشكال فى جواز

التفريق بينهما أما الاول أى التبعض فى العوض فالمعروف أنه لا يجوز التبعيض فيه من حيث الرد ، بل الظاهر المصرح به فى كلمات بعض الاجماع عليه و ذكر فى ابداء المنع عن ذلك بأن المردود ان كان جزء مشاعا من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركة و ان كان معينا فهو ناقص من حيث حدوث التفريق فيه و كل منهما نقص يوجب الخيار لو حدث فى المبيع الصحيح ٠

و تفصيل المقام أن المبيع قد يكون شيئا واحدا شخصيا بالدقة العقليه مع كون جزء منه معيبا كما اذا اشترى عبدا فظهر أن رجله معيوب أو يكون المبيع واحدا شخصيا بالنظر العرفى و ان كان فى الواقع أمورا متعددة كما اذا كان المبيع دارا فانها وان كانت متعددة حقيقة و مركبة من عدة أمور و لكنها واحدة بالنظر العرفى الاعتبارى و كان جزء منها معيوبا من قبته أو سردابه و نحو ذلك و الظاهر أنه لا خلاف فى عدم جواز فسخ العقد فى الجزء المعيب فقط و الامضاء فى الجزء الآخر الصحيح و ما ربما يظهر من المصنف وجود الخلاف فى ذلك حيث عبر بالمعروف ثم ذكر ابداء المانع عنه الظاهر أنه لا يمكن المساعدة عليه ٠

و الحاصل : اذا كان المبيع واحدا حقيقيا أو واحدا عرفيا فظهر جزء منه معيبا فلا شبهة فى عدم جواز الفسخ فى الجزء المعيب ، بل ان كان يفسخ فانما يفسخ فى المجموع لكون مجموعه مبيعا واحدا و اذا لم يفسخ لم يفسخ فى المجموع أيضا هذه هى المسئلة الاولى و لا يفرق فى ذلك بين أن يكون المردود جزء مشاعا أو جزء معينا فانه لا دليل على رد جزء من المبيع ٠

الثانية : أن يشترى شيئا واحدا ببيعين كما اذا اشترى نصفا معينا من الدار بقيمة ثم اشترى نصفها الآخر بقيمة أخرى ثم وجد عيبا فى أحد

النصفين فهل يجوز تسرية خيار العيب الى الثانى أولا فالظاهر أنه لم يخالف أحد فى أنه لا يجوز فسخ العقدين بظهور العيب فى متعلق أحدهما فان كل منهما عقد مستقل غير مربوط بالآخر فاذا اراد الفسخ لعيب يفسخ فيما ظهر فيه العيب و الا فيأخذ الأرش وهذه المسئلة ليست مورد الخلاف ٠

المسئلة الثالثة : ما اذا اشترى أمور متعددة مستقلة ببيع واحد بحيث أن كل منها أمر مستقل يمكن وقوع البيع عليه و ليس مثل رجل العبد ورأس الحيوان و نحوهما حتى لا يمكن التفكيك بينهما ، و لكن اشترها احد ببيع واحد بصرف فرضها أمرا واحدا بالاعتبار و الاّ فهى فى الحقيقة امور متعددة عقلا وعرفا كما هو واضح، و هذا نظير شراء الدار و الفرس بعقد واحد ثم وجد فى احدهما عيب فهل يجوز فسخ مجموع العقد أولا أو يجوز فى المتاع الذى ظهر فيه العيب و لا يجوز فى الآخر وجوه ، بل اقوال ثلاثة :ـــ

الاول : جواز الفسخ فى الفرد المعيب دون الصحيح من جهة كون كل واحد منهما منها ضاعن الآخر و مستقلا فى نسفه ففسخ العقد فى أحدهما دون الآخر لا بأس به و ان كانا قد تعلق بهما عقد واحد غاية الامر يثبت للبايع خيار تبعض الصفقة مع دخالة الهيئة الاجتماعية فى القيمة و مع اسقاط جميع الخيارات الاخيار العيب لا يثبت له ذلك أيضا ٠

الثانى : أن يكون الخيار من احدهما ساريا الى الآخر ويكون الفسخ متعلقا بمجموع العقد فان البيع بيع واحد قد تعلق بهما معا فيكون المجموع من حيث المجموع فى حكم مبيع واحد و هذا القول هو المعروف بين الاصحاب ٠

الثالث :أن لا يكون هنا خيار اصلا ، فان هذا الذى فيه عيب فليس بمبيع، بل هو كرجل الحيوان فيكون فى حكم الجزء و ما هو مبيع أعنى المجموع المركب و لو بالاعتبار ، أى المركب الذى فرض واحدا بالاعتبار فكما لا يجوز

فسخ البیع فی رجل الحیوان اذا کان معیوبا و کذا لا یجوز فسخ البیع فی فرد من المبیع کالفرس الذی یبیع مع الدار.

و الظاهر الاقوی هو الوجه الاول فان العقد و ان کان بحسب الانشاء الذی یسمیه المصنف بیعا فان المبرز أمر واحد و لکن کل منهما مبیع مستقل بحسب الانحلال فالبیع ینحل هنا الی بیوع متعددة حسب تعدد متعلقه و لیس بینهما اتحاد حقیقی و لا عرفی اصلا لیفرض المبیع واحدا و البیع واحدا ، بل هما متغائران و احدهما اجنبی عن الآخر غایة الامر جامعهما أمر اعتباری و هو البیع أی ابرز البایع بیعهما بمبرز واحد و هذا لا یوجب الاتحاد من جمیع الجهات.

و لا یرد علی ذلك ما ذکره صاحب الجواهر من أن المقام نظیر فسخ العقد فی جزء المبیع و انه بدیهی البطلان، فان متعلق العقد أمر واحد فلا یجوز الفسخ فی بعضه دون بعضه، فانه بعد الالتزام بالانحلال فلا یلزم ذلك أصلا فانه فرق بین المقامین فانه مع وحدة المبیع عقلا أو عرفا لا معنی للفسخ فی البعض دون بعض، بل لا خلاف فی عدم جوازه و هذا غیر کون المبیعین فی بیع واحد وهل یلتزم صاحب الجواهر بانتفاء خیار الحیوان فیما لو باع فرسا مع الدار أو هل یلتزم بأنه اذا نهی المولی عبد متکلیفا عن بیع حیوان فباعه العبد مع الدار فانه یقال ان المبیع لیس هو الحیوان هنا بل المجموع المرکب و أیضا لازم کلامه أن لا یکون لأحد الشریکین خیار الاخذ بالشفعة اذا کان باع شریکه الآخر حقه مع ضمیمة شیء آخر فان المبیع هو المجموع المرکب و هو بدیهی البطلان، و لا یلتزم بشیء منها صاحب الجواهر بل علی مقالته لابدّ من الالتزام ببیع ما یملك و ما لا یملك معا ، فان ما لا یملك لیس مبیعا حتی لا یجوز بیعه، بل هو المجموع و کل ذلك لا یمکن الالتزام به و قد تقدم فی البحث عن خیار الحیوان أن الخیار یثبت فیه

للمشترى فى كل مورد صدق عليه بيع الحيوان ، و لو كان فى ضمن أمور آخر متعددة كما لا يخفى فانه فرق بين كون المبيع واحدا عقلا أو عرفا فانك قد عرفت عدم جريان الخيار فى الجزء المعيب فيه بلا خلاف ، وبين كونه واحدا بالاعتبار البيعى فقط كما لا يخفى و لم يكن فى دليل خيار العيب أن لا يكون المبيع المعيوب مع غيره أيضا لاطلاق قوله عليه السلام أيما رجل باع شيئا فيه عيب أو عوار الخ الدالة على ثبوت خيار العيب للمشترى ما دام لم يحدث فيه حدثا و هذا الكلام جار فى جميع الخيارات أيضا كخيار الحيوان ونحوه فانه ليس فى دليل خيار الحيوان أن لا يكون مع الحيوان شيء آخر مبيعا كما لا يخفى .

وعلى الجملة فاذا كان الحيوان مثلا أو المعيب مبيعا يترتب عليه حكمه الوضعى والتكليفى .

و حاصل الكلام : من الاول أنه كان كلامنا فى كون المبيع معيبا ووجود العيب فيه و لا شبهة أن فرعين هنا لا خلاف فيهما :

الاول : أن يكون العيب فى مبيع منضم الى مبيع آخر فى الخارج من غير أن يكون البيع الواحد واقعا عليهما فى الخارج كما اذا اشترى نصف الدار ببيع ونصف الاخر ببيع آخر فانه لا يحسرى الخيار من احدهما الى الآخر بوجه .

المسألة الثانية : ما اذا كان المبيع واحدا اما بالدقة العقلية ، أو بالوحدة الاعتبارية العرفية ، كالعبد و الدار فظهر عيب فى جزء من ذلك فانه ح لا يجوز الفسخ فى البعض دون الآخر و الوجه فيه ليس هو أن الجزء ليس بمبيع ، بل هو أيضا مبيع كالجزء الآخر و تمامه بحسب الانحلال و الانحلال كما يجرى فيما اذا باع أمورا متعددة حقيقة واحدة فكك يجرى فيما اذا كان المبيع واحدا و لو بالوحدة الحقيقية فان كل جزء منه مبيع

بحسب الانحلال و من هنا صح بيع نصف العبد و ربعه مشاعا و من هنا أيضا قلنا فيما تقدم بصحة بيع ما لا يملك و لا يملك و بيع ما لا يملك و ما لا يملك على طبق القاعدة فعدم جريان الخيار أى خيار كان فى الجزء فى صورة وحدة المبيع حقيقية أو عرفية ليس من جهة عدم الانحلال هنا كما عرفت فان الانحلال محقق في جميع موارد المبيع مركبا كان أم واحدا و انما تمنع جريان الخيار فى الجزء من جهة أخرى.

و توضيح ذلك أن الخيار الثابت فى البيع تارة بعنوان البيع كخيار المجلس فان الدليل المتكفل لاثبات خيار المجلس انما هو قوله(ع) البيعان بالخيار ما لم يفترقا و ظاهر ذلك هو ثبوت الخيار بالنسبة الى مجموع المبيع المتحد بالاعتبار عرفا أو عقلا لا بالنسبة الى جزء مشاع أو الى جزء معين.

و أوضح من ذلك ما يكون دليل الخيار فيه من ناحية الشرط الضمنى كخيار الغبن و نحوه حيث ان الشرط انما هو ثبوت الخيار بالنسبة الى مجموع المبيع لا فى الجزء الخاص المعيّن أو المشاع فلا يجوز له الفسخ فى الجزء دون جزء هذا فيما اذا ثبت الخيار بعنوان البيع وقد علمت أن الخيار انما لم يثبت فى الجزء لا من جهة عدم كون الجزء مبيعا ، بل من جهة اقتضاء الدليل ذلك، و أما فيما كان بعنوان آخر أى ثبوت الخيار بعنوان آخر كعنوان الحيوان و المعيب فالظاهر هنا أيضا أن يكون الخيار ثابتا لذى الخيار بالنسبة الى مجموع المعيب و الحيوان فلا يكون له الخيار فى الجزء الخاص فقط، كما هو واضح ، و اذا كان موضوع خاص من الكتاب أو الدار معيبا فيقال أن مجموع الدار معيب و مجموع الكتاب معيب، فلا يقال أن هذا الجزء الخاص فقط معيب و كذا كل شىء يكون كك أى شيئا واحدا و كان مبيعا فانه سواء كان الخيار ثابتا فيه بعنوان البيع أو بعنوان الحيوان و المعيب أو كان الدليل شرطا ضمنيا فانه يكون الخيار ثابتا فى المجموع

كما عرفت، فافهم ٠

و أما اذا كان المبيع أمور متعددة و باعها البايع صفقة واحد قولا يكون المبيع واحدا لا بالحقيقة و لا بالاعتبار العرفى ، بل انما جمع البايع بينها فى انشاء البيع و اظهاره فقط، فاذا ظهر شيء من تلك الأمور معيبا فهل يكون خيار العيب مسريا الى المجموع أو يختص بخصوص المعيب أو لا يكون للمشترى ح خيار اصلا ٠

و التحقيق أن الخيار يختص بخصوص المعيب فله فسخ العقد فى خصوصه أو رضائه به و مطالبة الأرش كما هو واضح ٠

نعم ، يثبت له خيار تبعض الصفقة الثابت بالشرط الضمنى حيث انه قد اشترى هذه الصفقة المركبة من أمور متعددة أن يكون كلها له و لم يكن له بل تبعضت الصفقة و من هنا ظهر الجواب عن صاحب الجواهر أيضا حيث ذكر أن مقتضى أدلة الخيار هو ثبوته فى مجموع المبيع لا فى كل جزء منه فان له مجال فى الشق المتقدم من كون المبيع شيئا واحدا حقيقة أو عرفا كما هو واضح ٠و ظهر أيضا أنه لا وجه للقول بثبوت الخيار فى المجموع أو عدم ثبوته فى المجموع، كما لا يخفى ، فافهم ٠

والحاصل : أنه لا قصور فى شمول دليل خيار العيب أعنى قوله عليه السلام فى رواية زرارة المتقدمة أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار لصورتى كون المعيب أمرا مستقلا أو منضما الى غيره فانه يثبت له الخيار فى كلا الصورتين فح ان كان العيب فى جزء المبيع موجبا لسراية الحكم الى الجميع لكون المبيع شيئا واحدا حقيقة أو عرفا فيثبت الخيار فى الجميع و الا فيثبت الخيار فى خصوص المعيب، فيثبت خيار تبعض الصفقة فى الجزء الصحيح ٠

و لكن المصنف ابدى المانع عن ذلك و حاصل كلامه أن المعيب الذى

يردّه المشتري على البايع ان كان جزء مشاعا من المبيع الواحد فهوناقص من حيث حدوث الشركة فيه ، و ان كان جزء معينا و معروزا فهو ناقص من حيث تبعض الصفقة و لا شبهة أن كلا منهما نقص يوجب الخيار.

ثم ذكر أن ثبوت الخيار هنا اولى من ثبوته في نسيان الدابة الطحن فان ذلك أي نسيان الدابة الطحن ليس بعيب في المبيع و هذا بخلاف الشركة أو تبعض الصفقة فان ذلك عيب في المبيع كما هو واضح .

ثم ذكر أن ردّ بعض المبيع بخيار العيب دون بعضه و ان كان ضررا للبايع و ينجبر بخياره في ردّ الصحيح من المشتري بخيار تبعض الصفقة و لكنه معارض بكونه موجبا للضرر على المشتري اذ قد يتعلق غرضه بامساك الجزء الصحيح .

ثم أيد ذلك بمرسلة الجميل المانعة عن رد المعيب بمثل صبغ الثوب و خياطته فان المانع هنا ليس الاّ بالنسبة الى حصول الشركة في الثوب بنسبة الصبغ و الخياطة لا مجرد تغير الهيئة .

ثم ذكر في آخر كلامه أن العمدة في المسئلة هو أن مرجع جواز الردّ منفردا الى اثبات مسلطنة للمشتري على الجزء الصحيح من حيث امساكه و لو كان ذلك من حيث الحدوث ثم سلب سلطنته عنه بخيار البايع ومنع سلطنته على الردّ أولا أولى و لا اقل من التساوي فيرجع الى أصالة اللزوم .

و الذي ينبغي أن يقال أنه تارة يناقش في شمول الادلة للمقام ويكون المقتضي قاصرا عن اثبات الخيار للجزء المعيب و هذا لا بأس به و لكن قد عرفت تامية المقتضي لذلك و قد يناقش من جهة المانع و قد ذكرت وجوه للمانعية و شيء منها لا يصلح للمنع عن ذلك .

الاول : كون ذلك نقصا للمبيع فلا يكون العين ح قائمة بعينها وفيه أن دليل ثبوت خيار العيب في المعيب انما دل على ذلك فيما حصل النقص

قبل الفسخ بحيث يوجب ذلك النقص و الحدث الحاصل قبل الفسخ المنع عن ردّ المعيب و في المقام ليس كك حيث ان النقص انما يحصل برد المشترى المعيب لا قبله فلا يكون دليل مانعية النقص عن الردّ شاملا لذلك الاّ بتنقيح المناط و هو واضح الدفع.

الوجه الثانى : قاعدة نفى الضرر فان فسخ المشترى العقد في المعيب دون الصحيح ضرر على البايع بناء على شمول دليل نفى الضرر لامثال المقام وعدم المناقشة فى ذلك، اقول : لابد من ملاحظة أن الضرر من أى جهة ينشأ فانه اما من جهة رد المعيب الى البايع بأن يكون البايع متضررا من هذه الجهة فلا شبهة أن هذا الضرر انما ثبت من جهة جعل الخيار فى المبيع المعيوب فلا تكون أدلة نفى الضرر حاكما على أدلة الخيار، بل تكون أدلة الخيار متقدمة على أدلة نفى الضرر، و مخصصة لها فالضرر هنا لم ينشأ من رد المعيب لكى يرتفع بدليل نفى الضرر، بل انما نشأ من ناحية جعل الخيار كما هو واضح فلو كان دليل نفى الضرر شاملا للمقام لزم ارتفاع خيار العيب، بل ارتفاع مجموع الخيارات على أنه يجرى فيما اذا كان كل واحد من الجزئين مبيعا مستقلا و لا يختص بصورة كونها مبيعا واحدا فى صفقة واحدة.

و ان كان الضرر من جهة عدم رد الصحيح الى البايع فانه يتضرر من ناحية تبعّض الصفقة فدليل الضرر انما يرفع لزوم العقد بناء على شموله للمقام و يكون للبايع حق رد الجزء الصحيح أيضا و أما عدم ثبوت الخيار للمشترى فى الجزء المعيوب فأنه أى ربط لثبوت الضرر على البايع فى عدم ردّ الجزء الصحيح بعدم ثبوت الخيار للمشترى فى رد الجزء المعيوب.

و بعبارة أخرى مقتضى تضرر البايع من عدم ردّ الجزء الصحيح هو ثبوت الخيار له فى ذلك لا نفى خيار المشترى فى ردّ المعيب على أنه يمكن منع

شمول قاعدة نفى الضرر للمقام على ما تقدم فى بعض الخيارات لامكان دفع الضرر بنحو آخر من الأرش والتفاوت و نحو ذلك ·

و هنا وجه ثالث: و هو أن كل واحد من المتبايعين قد اشترط على الآخر أن يكون المبيع سالما عن التبعض اشتراطا فى ضمن العقد ، فاذا تخلف ذلك ثبت لكل منهما خيار تبعّض الصفقة بل هذا الاشتراط بديهى فى بعض الموارد كما اذا اشترى مصراعى الباب فان الضرورة قاضية على اشتراط أن لا يكون احدهما منفكا عن الآخر فى مقام التخلف وعلى هذا فلا يلزم من ذلك أن لا يكون للمشترى خيار فى الجزء المعيب ، بل يثبت له خيار العيب فى ذلك ، نعم يثبت لكل منهما خيار تبعض الصفقة فى الجزء الصحيح كما هو واضح ·

و اما ما ذكره المصنف من تأييد مراده بمرسلة الجميل ففيه :ـ

أولا أنها مرسلة قد تقدم الكلام فيها و لا يمكن العمل بها للارسال و انها ليست بمدركنا و انما مدركنا رواية زرارة ·

و ثانيا : لا دلالة فيها على كون الشركة عيبا و مانعة عن الرد لما ذكرنا أنها دلت على عدم الخيار مع قيام العين و أن ذكر الامثلة من خياطة الثوب و صبغه يدل على أن عدم قيام العين تحقق بمثل ذلك أيضا كما هو كك فى العرف فانه ليرغب نوع بالثوب الغير المخيط أزيد من رغبتهم بالثوب الغير المصبوغ و كك يرغبون بالثوب الأبيض أزيد من رغبتهم بالثوب المصبوغ كما هو واضح لا يخفى ولاجل ذلك لا يكون العين باقية فى العرف مع الخياطة و الصبغ و الحق أنه لا مانع من شمول أدلة خيار العيب للمعيب سواء كان ذلك مبيعا مستقلا أو منضما الى الاخر كما هو واضح ·

قوله أما الثانى : و هو تعدد المشترى أقول : هذه هى المسألة الثالثة فى عبارته المتقدمة المسوقة للتقسيم و توضيح الكلام هنا أنه اذا باع أحد

ماله من اشخاص متعددين و ظهر معيبا فهل يثبت الخيار لكل منهم بحيث يكون له الخيار فى حصته سواء فسخ الآخر أم لا أو كان لهم الخيار فى المجموع أى لجميعهم خيار واحد فى ذلك المجموع من حيث المجموع مقتضى اطلاق مفهوم قوله عليه السلام أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يحدث فيه حدثا لزم البيع و يلزم على البايع رد التفاوت على ما هو مضمون الرواية هو ثبوت الخيار لكل من المشترين لصدق قوله عليه السلام أيما رجل الخ ، على كل منهم كما هو واضح .

و لا يقاس ذلك بخيار الورثة الذى ثبت لهم بالارث فان الذى انتقل اليهم بالارث انما هو حق واحد و خيار واحد لشخص واحد وهو المورّث و لا يقاس بما نحن فيه الذى ثبت خيار متعدد من الاول للمشترى و هذا الذى ذكرناه جار فى جميع موارد الخيارات اذا تعدد المشترى ولا يختص بخيار العيب لاطلاق الادلة فى جميع ذلك و أما ما ذكره المصنف من الموانع فلا يصلح شىء منها لذلك منها أنه ليست العين قائمة بعينها فانه اذا فسخ أحد المشتريين البيع و امضى الآخر فيلزم تبعض الصفقة و هو عيب فى المبيع فيكون ذلك موجبا لعدم قيام العين بعينها و يكون ذلك حدثا فى المبيع كما هو واضح .

و فيه أولا : ما ذكرناه سابقا من ان النقص فى المبيع انما يوجب المنع عن الرد بالعيب السابق اذا كان حاصلا قبل الردّ و أما اذا تحقق ذلك بنفس الردّ فلا يكون ذلك مشمولا للادلة كما هو واضح .

وعلى تقدير شمول الأدلة لذلك فهو انما يفيد فى المسئلة السابقة فقط لا فى المقام فان التعدد هنا كان من الاول و لم يحصل ذلك بفعل الراد اذ المفروض أن المبيع هنا متعدد حسب تعدد المشترى و أنه يصدق على كل منهم أنه اشترى شيئا و به عيب أو عوار الخ .

و ثانيا : قاعدة نفى الضرر فان مقتضى ذلك عدم ثبوت الخيار لكل من المشترين فانه اذا فسخ احدهم فى حصته دون الآخر و لم يفسخ غيرهم أو لم يفسخ هو فى المجموع يلزم ان يتضرر البايع فلازم ذلك عدم الخيار كما هو واضح ·

و فيه أنه بناء على شمول قاعدة نفى الضرر للمقام فمقتضى ذلك ثبوت الخيار للبايع فى الجزء الآخر الذى هو حصته المشترى الآخر لا عدم ثبوت الخيار للمشترى الذى فسخ فى حصته كما تقدم و أما ثبوت الضرر من جهة ردّ المشترى حقه من المعيب فهو ثابت بأصل دليل الخيار فيكون مخصصا لأدلة الضرر كما هو واضح ·

و ثالثا : دعوى انصراف دليل خيار العيب عن ذلك و ذكر المصنف ، انه يظهر وجه الانصراف بالتأمل و لم نفهم لذلك وجها بعد التأمل ، بل الظاهر من الادلة هو عدم الفرق بين تعدد المشترى و اتحاده كما هو واضح ·

نعم يجرى فى المقام الشرط الضمنى و لكن ذلك لا يكون مانعا عن ثبوت الخيار لكل من المشتريين ، بل لازمه هو ثبوت الخيار للبايع من جهة التبعض كما هو واضح و هذا لا يختص بخصوص المقام كما عرفت بل يجرى فى جميع الخيارات و من هنا ظهر أنه لا فرق فى ذلك كله بين كون البايع عالما بكون المشتريين متعددين أم لا نعم فى صورة الجهل ثبوت الخيار له من جهة ذلك الشرط الضمنى اوضح ·

و أما اذا تعدد البايع التى هى المسئلة الثالثة فالأمر فيه أوضح و لا يجرى فى ذلك شيء من دليل نفى الضرر ، بل الظاهر من الادلة هو عدم الفرق بين تعدد المشترى واتحاده كما هو واضح ونحو ذلك من الموانع·

نعم الشرط الضمنى أيضا موجود هنا و يمكن

دعوى الانصراف الذى تقدم فى المسئلة السابقة هنا أيضا بأن يقال ان دليل خيار العيب منصرف عن ذلك الى كون الخيار ثابتا فى مجموع المبيع مع كونه مبيعا واحدا و جوابه هو الجواب ثم انه قد يجتمع اثنان من هذه المسائل و قد يجتمع ثلاثة منها و حكم كل منها يجرى فى صورة الاجتماع أيضا ٠

قوله مسئلة يسقط الأرش دون الرد فى موضعين أقول قد عرفت ثبوت الأرش فيما اذا باع شيئا و كان معيبا و حدث فيه حدث عند المشترى فانه كان له مطالبة الأرش و لكن يسقط الأرش فى موضعين :ـ

الأول : فى الربويات و تفصيل الكلام هنا أن عدم ثبوت الأرش انما هو بأحد أمرين :

الاول) أن يقال ان وصف الصحة فى المبيع انما يقابل بجزء من الثمن فاذا باع شيئا و كان فاقدا لوصف الصحة ثبت للمشترى خيار العيب ومع عدم الرد يثبت له الأرش فى مقابل ذلك الوصف المفقود و لكن قد خصص ذلك فى الربويات فلا يجوز أخذ الأرش فيها مع فقدان وصف الصحة لأن أخذه يستلزم الرباء فانه اذا باع منا من الحنطة بمن من الحنطة و كان احدهما معيوبا فانه لا يجوز أخذ الأرش هنا فانه يستلزم الربا فى ذلك الجزء الزائد و كك الحال فى جميع الربويات و على هذا فيسقط الأرش فى الربويات ٠

و فيه أن وصف الصحة مطلقا سواء كانت فى الربويات أو غيرها لا تقابل بالمال أصلا و ان كان يوجب زيادة القيمة ، بل هو وصف الكمال على حد سواء ، بل حكمها من حيث عدم مقابلتها بالمال كالاوصاف التى ليست بوصف الصحة و لا وصف الكمال ٠

نعم الفرق فى ذلك أن وصف الصحة و وصف الكمال اذا كان مفقودا يوجب الخيار و الأرش فى الأصل أى فى وصف الصحة و له مطالبة الأرش

بالتعبد الشرعی و یدلنا علی ذلك أن الظاهر هو تسالم الفقهاء علی صحة البیع وعدم كون ذمة البایع مشغولة فیما اذا لم یطالب المشتری الأرش من البایع مع أنه لو كان وصف الصحة یقابل بالمال لكانت ذمة البایع مشغولة مع تخلّف وصف الصحة فی المبیع لبطلان البیع بالنسبة الی الثمن الذی یقابل بهذا الوصف.

وأیضا یدل علی ما ذكرنا تسالم الفقهاء علی أنه یجوز اعطاء الأرش من غیر الثمن سواء كان باقیا أم لا ، مع أنه لو كانت المعاملة باطلة فیما قابل الوصف و كان الوصف یقابل بالمال لكان الواجب اعطاء نفس الثمن لا شیء آخر فیعلم من ذلك كله أن الأرش حكم تعبدی محض قد ثبت فی مورد خاص بالتعبد فلا یكون مخصصا بأدلة الربا كما هو واضح .

الثانی : أن یقال أن الربا انما هو زیادة أحد المتماثلین علی الآخر فی المعاملة سواء كانت الزیادة بالثمن و نحوه عند البیع أو بغیره من تبعات البیع من الأرش و نحوه فان ذلك أیضا زیادة أحد المتماثلین علی الآخر و علی هذا فیسقط الأرش هنا فانه و ان لم یكن ثمنا فی المبیع و لم نقل أیضا بكون وصف الصحة یقابل بالمال و لكن أخذه یوجب زیادة أحد المتماثلین الذین من الربویات علی الآخر فیلزم الربا .

و فیه أنه یرد علیه أیضا أنه لا دلیل علی أن الربا انما هو كون أحد المتماثلین زائدا عن الآخر فی المعاملة و لو لم یكن الزیادة بالاصالة ، بل بالتبع بأن یكون الزائد فی مستتبعات البیع و انما الدلیل أی دلیل حرمة الربا انما هو مختص بكون احد المتماثلین زائدا عن الآخر عینا أو حكما فی نفس المعاملة لا فی تبعاتها و من هنا لا نشك أن یفتوه أحد بلزوم الربا فی أنه لو تعامل اثنان بأن باع احدهما من الآخر حلیّا ذهبا نفرضه سوارا الذی كان مقداره خمسة مثاقیل بخمسة مثاقیل من الذهب الذی لیس بحل

تم بعد ما تم البيع و النقل والانتقال كسر البايع الحلى فهل يتوهم أحد أنه لا يضمنه لأنه لو ضمن ذلك و اعطى شيئا فى مقابل الصياغة يلزم الربا و من الواضح أن مقامنا من هذا القبيل فانه كما ان الضمان بذلك انما هو بعد البيع و من تبعاته و كك الأرش حيث انه يثبت بمطالبة المشترى ولا يثبت قبله و لذا عرفت أن البايع لا يضمن به قبل المطالبة و لو مات لا يبقى مشغول الذمة و كيف كان لا يلزم الربا من أخذ الأرش فى الربويات.

ثم ان المصنف قد ذكر بعد الاستشكال فى المسئلة أن المرجع انما هو ما دل على حرمة الربا من الادلة و اشكل عليه بعضهم بأنه مع لزوم الربا من أخذ الأرش لا مجال لرفع اليد عن دليله، و الرجوع الى أدلة حرمة الربا و ذلك لأن النسبة بينهما هو العموم من وجه اذ قد يكون الأرش فى غير الربويات و قد يكون الربا فى غير صورة الأرش و قد يجتمعان فبعد التعارض فى مورد الاجتماع و التساقط فالنتيجة هو تقديم أدلة الربا من جهة أنه لا دليل يدلنا على ثبوت الارش.

ح فأصبح المورد بلا دليل دل على ثبوت الارش و لكن ليس ذلك من ناحية ترجيح أدلة حرمة الربا.

و لكن ما ذكره المصنف وجيه، فانا ذكرنا فى مورده أن الدليلين اذا تعارضا بالعموم من وجه و تكافئا فتقدم منهما ما يكون موافقا للكتاب لقوله عليه السلام فى مقام المعارضة خذ ما وافق الكتاب، و من الواضح أن أدلة حرمة الربا موافقة للكتاب، لقوله تعالى (احل اللّه البيع و حرّم الربا) بل لا يكون ح الطرف الآخر حجة حتى نحتاج الى الترجيح ونقول بان الموافق للكتاب قد رجحناه على الاخر فما ذكره المصنف متين.

ثم انه ذكر السيّد فى حاشيته موردا آخر لسقوط الارش غير ما ذكره المصنف من الموردين، و لكنه عين المورد الأول الذى ذكر المصنف لسقوط

الأرش فيه من جهة الربا و حاصله أن العوضين اذا كانا من النقدين فظهر عيب فى احدهما بعد انقضاء المجلس فانه ذكر عدم جواز اخذ الأرش هنا للزوم الربا و لكن قد عرفت أن الأرش اجنبى عن العوضين و انما هو غرامة خاصة قد اثبته الشارع تعبدا فأى ربط له بالعوضين ليلزم الربا و هو من تبعات المعاملة و قد عرفت عدم جريان الربا ·

المورد الثانى : مما يسقط الأرش فيه ما اذا كان ثمن المعيوب مساويا مع الصحيح بحيث لا ينقص من قيمته لأجل عيبه شيء وذلك كالعبد الخصى فانه لأجل بعض الاغراض كالربط بين الزوج و الزوجة لبعض الحوائج يرغب به كثير من الناس و يكون قيمة ذلك لاجل هذا مساويا من العبد الغير الخصى و ان كان فى غير الخصى أيضا بعض المنافع التى لا تكون فى الخصى كأخذ نسله ليكون عبدا أيضا و فى الحقيقة أن الخصاء عيب و لكن لا يوجب الأرش فان الأرش هو تفاوت القيمة ما بين الصحيح و المعيب و المفروض أنهما على حد سواء فى القيمة و لا تفاوت بينهما ·

و لكن الذى ينبغى أن يقال ان الخصاء فى العبد مع كونه مرغوبا بين الناس ليس بعيب، بل ربما يكون وصف الكمال ، اذا كان موجبا لزيادة القيمة فان العيب ليس هو كل نقص فى المبيع حتى ما لا يوجب نقص القيمة ، بل النقص الذى يوجب قلة المالية و الثمن و لو كان مجرّد النقص عيبا سواء أوجب نقص القيمة أم لا لكان الختان و ثقب الأناف والأذان أيضا من العيوب و لم يفتوه به أحد من الطلبة فضلا عن الفقيه و اذن فلا مجال لتوهم انتفاء الأرش فى المورد الثانى أيضا ·

ثم انه قد فصّل العلامة هنا تفصيلا لم نعرف وجهه و هو أن الارش ان كان من جنس المبيع فى الربويات فلا محذور فيه والا ففيه محذور و فيه ان الربا يتحقق بمطلق الزيادة و لو كان شرطا و اذا كان اخذ الأرش موجبا

للربا فلا يفرق فيه بينما كان من جنس المبيع أو من غير جنسه .

قوله مسئلة : يسقط الرد و الأرش معا بأمور أحدها العلم بالعيب قبل العقد بلا خلاف.

أقول : ذكروا لسقوط خيار العيب موارد ، منها علم المشترى بالعيب فحينئذ لا يثبت خيار العيب للمشترى لأن أخبار خيار العيب ناظرة الى صورة جهل المشترى بالعيب فلا يشمل صورة علم المشترى بالعيب ، بل استدل على ذلك فى الجواهر بصحيحة زرارة المتقدمة أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم ينبّه ، و قد تنظر فيه المصنف و لكن لم يبين وجه النظر فيه و الذى يمكن أن يكون وجها له أمور ثلاثة الاول : ان المراد من الرواية هو أنه اذا اشترى أحد شيئا و به عيب أو عوار و لم ينبّه فله الخيار على ما هو مقتضى المفهوم سواء كان المشترى عالما بالعيب أو لم يكن عالما به ، فالموضوع لسقوط الخيار هو تنبيه البايع المشترى لا علم المشترى بالعيب فاذا كان المشترى عالما لكونه من أهل الخبرة و لكن لم ينبهه المشترى يثبت له خيار العيب كما هو واضح .

و فيه أن هذا و ان كان لا بأس به فى نفسه و به يرتفع التناقض بين كلامى المصنف هنا حيث منع عن الاستدلال بالصحيحة على سقوط خيار العيب مع علم المشترى و مع استدلال بها على سقوطه مع تبرى البايع مع أن ملاك الاستدلال فيهما واحد و هو المفهوم فانه يقال ان وجه النظر هنا هو الوجه الذى ذكروا أما وجه الاستدلال هناك هو المفهوم و عدم جريان هذا المانع هناك كما لا يخفى .

و لكن هذا الوجه خلاف متفاهم العرف حيث ان التنبيه ليس له موضوعية فى سقوط الخيار كما أن عدمه ليس موضوعا لثبوت الخيار ، بل هو طريق الى معرفة المشترى العيب، و المراد من ذلك هو عدم التعريف ليكون المشترى

جاهلا و يثبت الخيار له و أما اذا نبّهه كان عالما بالعيب فلايكون لهالخيار كما هو واضح ،و بالجملة كون التنبيه موضوعا لسقوط الخيار و عدمه موضوعا لثبوته على خلاف المتفاهم العرفى ·

الوجه الثانى : أن يكون وجه النظر فيه هو أن الاستدلال بالروايةفى المقام اما بمقتضى مفهوم الشرط و هو كلمة ، أى أو بمقتضى مفهوم الوصف و القيد و هو عدم التنبيه فان الوجه هو الأول فلا شبهة أن الشرط هنا قد سيق لبيان الموضوع فان مفهوم قوله عليه السلام أيما رجل اشترى هو أنه أيما رجل لم يشتر و هو سالبة بانتفاء الموضوع فلا مفهوم للقضيةالشرطية ح كما نقول اذا ركب الامير فخذ ركابه و قد ذكر ذلك المصنف آيةالنبأ عند الاستدلال به على حجية خبر الواحد من ان مفهوم ان جائكم فاسقبنبأان لم يجيء فاسق بنبأ لا أنه ان جاء عادل و من الواضح أن القضية ح سالبة بانتفاء الموضوع فلا يكون له مفهوم ·

و فيه أنه ان كان نظر المصنف الى هذا الوجه فيرد عليهأولا انالقضية الشرطية و ان لم يكن لها مفهوم اذا سيقت لبيان الموضوع و لكن اذا كان معها قيد آخر ثبت لها مفهوم بالنسبة الى ذلك القيد ، و قد ذكرناه فى محله مثلا اذا قال المولى اذا ركب الامير فخذ ركابه، بلا تقيد بقيد فلا مفهوم لها ، و أما اذا قال اذا ركب الأمير فكان يوم الجمعة فخذ ركابه فأنها بالنسبة الى القيد الاول لا مفهوم لها ، و أمابالنسبةالى القيد الثانى فلها مفهوم و هو أنه اذا ركب فى غير يوم الجمعة فلا تأخذ ركابه وفى المقام أيضا كك حيث ان القضية لا مفهوم لها بالنسبة الى قوله عليه السلام : أيما رجل اشترى شيئا، ليس لها مفهوم ،و لكن بالنسبة الى القيود التى ذكرت بعدها فلها مفهوم و منها قوله عليه السلام و لم ينبّه كما هو واضح فما ذكره صاحب الجواهر من الاستدلال بالصحيحة متين جدا ·

و ثانيا لو كان وجه النظر للمصنف هو هذا فلماذا استدلال بها على سقوط الرد و الأرش بالتبرى بعد اسطر فهل هذا الا المناقضة فلاينبغى ذلك من المصنف بهذا القريب.

و أما اذا كان غرض صاحب الجواهر من الاستدلال بالصحيحة هو مفهوم القيد فلا شبهة أنه ليس بحجة.

و فيه أولا أنه أيضا تناقض لما سيأتى منه من الاستدلال بها على سقوط الخيار مع التبرى عن العيب.

و ثانيا : أن مفهوم الوصف ليس بحجة اذا كان ذلك ملحوظا بنفسه و أما مع احتفافه بقرائن أخر فلا شبهة فى حجيته كما قلنا به فى قوله كرّ من الماء فى جواب السائل عن أنه أى مقدار لا ينجسه من الماء فانعقد ورد فى مقام التحديد فلا شبهة فى كون مفهومه حجة و كذا قوله عليه السلام فى جواب السائل كم يقصر الصلاة من السفر، قال عليه السلام : بريد فى بريد فان القرينة قائمة على كون كلامه فى مقام التحديد فلابد و أن يكون له مفهوم و ان كان المفهوم مفهوم لقب و الحاصل أن أى مفهوم لم يكن حجة فى نفسه فهو حجة اذا قامت القرائن عليه كما هو واضح ففى المقام أن مفهوم القيد و ان لم يكن حجة فى نفسه و لكن القرينة قائمة على حجيته و هو كون الامام عليه السلام فى مقام ضبط مورد الخيار مقدمة لسقوطه باحداث الحدث وأنه عليه السلام فى مقام تحديد ذلك كما هو واضح ،فعلى هذا أيضا فكلام صاحب الجواهر متين.

ثم انه اذا اشترط العالم بالعيب الذى سقط خيار العيب فى حقه ثبوت الخيار له أى خيار العيب بالاشتراط فهل يصح ذلك أم لا فنقول ان كان غرض المشترط هو ثبوت الخيار له فقط فلا محذور فيه أصلا حيث انه خيار ثابت بالشرط كسائر الخيارات الثابتة بالاشتراط كما اذا علم المشترى بعيب

المتاع و اشترط ثبوت الخيار لنفسه و اشتراه على هذا الشرط ليختبره ويشاور غيره أن المعيب يفيده أم لا فهذا لا شبهة فی صحته فيكون ذلك كبقية الخيارات الثابتة بالشرط الضمنی و ان كان غرض المشترط هو ثبوت خيار العيب له الذی هو خيار حتی مع احكامه الخاصة من الأرش و نحوه فذكر المصنف أنه فاسد و مفسد للعقد لكونه مخالفا للسنة فكأنه رأى أن هذا الشرط الفاسد ممتاز عن بقية الشروط الفاسدة التی لا توجب فساد العقد و لكن هذا يوجب فساده كما هو واضح ،و لكن الظاهر أنه لا فارق بين هذا الشرط الفاسد و بقية الشروط الفاسدة ، نعم ذكرنا فيما سبق(ظاهرا فی خيار الرؤية) أن مرجع الخيار الی تحديد الملكية الی زمان الفسخ فكان البايع قد انشأ الملكية المحدودة و على هذا فهذا الشرط يكون فاسدا و مفسدا للعقد لأن ما انشأه البايع من الملكية المحدودة لم يمضه الشارع لكون الشرط الذی اوجب تحديد الملكية المنشأة فاسدا لكون اشتراط الارش فی هذا الخيار أی خيار العيب الثابت بالشرط مخالفا للسنة فان الأرش انما ثبت فی خصوص خيار العيب فقط ، بل مخالف للكتاب أيضا من جهة قوله تعالى : (اطيعوا الله و اطيعوا الرسول) فالقول بثبوت الأرش هنا مخالفة لقول الرسول(ص) فيكون فاسداً ۰

و أما الملكية المطلقة فهی غير منشأة فيكون هذا الشرط فاسدا و مفسدا للعقد على ما ذكرناه و قد ذكرنا فی تعليقة العروة عند قول السيد هل يجوز جعل الخيار فی النكاح أم لا حيث توقف فی ذلك كبعض المحشين و قد ذكرنا هناك أن الاقوى كون جعل الخيار مفسدا لعقد النكاح فانه اذا كان النكاح مقيدا بالفسخ فيكون مقيدا بالزمانی و من الواضح أنه غير مشروع فی الشريعة انما المشروع هو العقد الدائم و العقد المنقطع المقيد بالزمان أما الزمانی فلا فافهم ۰

قوله الثاني : تبرى البايع عن العيوب اجماعا في الجملة ، أقول من جملة ما يسقط فيه الرد و الأرش فيما كان المبيع معيبا أن يتبرأ البايع من العيوب و قد ادعى الاجماع على ذلك و لكن لا جمال لدعوى الاجماع التعبدى مع كون صحيحة زرارة دالة على المقصود.

ثم انه لا يخفى ما في بعض نسخ المكاسب من الغلط من اسقاط الألف بين كلمة ارتفع و كلمة لاطلاق كما في حاشية أيضا كك حيث قال قوله لاطلاق الخ ، اذ لا اطلاق في رواية زرارة هنا حتى يتمسك ، بل التمسك بها من جهة المفهوم والنسخة صحيحة قوله و الاصل في الحكم قبل الاجماع صحيحة زرارة و كلمة الاطلاق بزيادة الالف قبل اللام فاعل لا رتفع.

و كيف كان فلا شبهة في دلالة رواية زرارة على المقصود فانه قد علق ثبوت الخيار في مفهوم هذه الرواية المعتبرة و ان لم تكن صحيحة كما تقدم على عدم التبرى من العيب و أما مع التبرى منه فلا شبهة في سقوطه فتدل بمفهومها على المقصود كما هو واضح.

ثم انه مقتضى اطلاق مفهوم هذه الرواية أنه لا فرق في سقوط الخيار بالتبرى من العيوب الظاهرة أو الباطنة فان مقتضى الاطلاق هو سقوط الخيار مع التبرى من العيب مطلقا و هذا واضح جدا و كل ذلك لا كلام فيه و ان ذكر الخلاف في بعضها و لكن يدفعه الاطلاق و ايضا يجوز التبرى من العيوب الموجودة حال العقد و العيوب المتجددة بعده قبل القبض أو بعده في زمان الخيار أى خيار الشرط و الحيوان بالنص و خيار المجلس بالاطلاق و لكن وقع الاشكال هنا في موضعين :ـ

الاول : فيما اذا تبرأ من العيوب الموجودة حال العقد.

و الثاني : فيما اذا كان العيب متجددا بعد العقد. أما الاشكال في

الأول فهو أن اسقاطه أی الخیار و التبری من العیوب موجب للغرر فیکون موجبا لبطلان البیع.

و فیه أنه ان قلنا بأن روایة زرارة انما دلت علی صحة البیع مع سقوط الخیار للعیب مع التبری مطلقا حتی فیما یلزم منه الغرر فلا بأس من الالتزام به بعد دلالة النص علیه و دعوی کون البیع غرریا و باطلا لذلك اجتهاد فی مقابل النص فلا یکون ذلك اشکالا فی المقام وان قلنا ان التبری و عدم التبری من العیوب انما هو فی البیع الصحیح لا فی البیع الباطل فالبیع الغرری باطل فلا یکون التبری من العیب مصححا له و الا کان التبری من العیب موجبا لصحة بیع الصبی و غیره من البیوع الباطلة و علیه فلابدّ من التفصیل بین ما یرتفع کون البیع غرریا من غیر جهة التزام البایع بکون المبیع صحیحا و بین ما کان یرتفع ذلك بالتزام البایع بصحة المبیع فانه علی الاول یصح تبری البایع من العیوب اذ دخل له فی غرریة المعاملة فان الغرر لم یرتفع بالتزام البایع بصحة المعاملة حتی یلزم الغرر من تبریه من العیوب بل انما ارفع بعلم المشتری بصحة المبیع أو برؤیته أو باخبار شخص آخر و قد تقدم ما ینفعك فی خیار الرؤیة ظاهرا و علی هذا فلابدّ فی المقام من التفصیل بین ما کان ارتفاع الغرر عن البیع بالتزام البایع بصحة المبیع فلا یصح التبری لکونه موجبا للغرر و بین ما کان ارتفاع الغرر بغیر جهة التزامه بذلك کما عرفت فیصح التبری کما لا یخفی.

و أما اذا کان التبری من العیوب المتجددة بعد العقد فتارة یستشکل هنا من جهة لزوم الغرر و اخری من جهة کون التبری عن العیوب المتجددة اسقاطا لما لم یجب اذ لم یتعیب المبیع حال العقد حتی یجوز التبری عنه فلا یکون التبری ح الا اسقاطا لما لم یجب.

و لکن شیء من الاشکالین لا یرجع الی محصل أما اشکال لزوم الغرر

فهو واضح الدفع اذ الغرر فى المعاملة انما يلاحظ بالنسبة الى حال البيع و العقد لا بالنسبة الى ما بعد العقد و من الواضح أنه لا غرر فى المعاملة فى حال العقد مع التبرى عن العيوب المتجددة بعد العقد بعد ما كان المشترى عالما بالمبيع و خصوصياته و عدم العيب فيه حال العقد.

و أما اشكال لزوم اسقاط ما لم يجب فنعم حيث ان العيب لم يحصل حال العقد فيكون اسقاطه اسقاطا لما لم يجب و لكن ذكرنا مرارا أنه لا دليل على عدم جواز اسقاط ما لم يجب الا الاجماع و هو انما فيما لم يكن المقتضى للساقط موجودا كالاسقاط قبل العقد و فى المقام كالتبرى قبل العقد حيث ان العقد موضوع للخيار فاسقاط خيار العيب قبل العقد بالتبرى عن العيب فانه يدخل تحت الاجماع القائم على عدم جواز اسقاط ما لم يجب و أما الاسقاط حال العقد الذى هو مورد الخيار و موضوعه فلا بأس من اسقاط خيار العيب حال العقد و كك يجوز الاسقاط فى كل مورد كان المقتضى موجودا .

نعم ، الاسقاط الفعلى أى اسقاط المعدوم فعلا بحيث يكون ساقطا بالفعل غير معقول لأنه اسقاط امر معدوم و أما اسقاط أمر استقبالى فعلا بحيث يكون ساقطا فى محلّه أى فى الاستقبال فلا بأس كما لا يخفى .

و على الجملة فلا بأس لاسقاط خيار العيب بالتبرى عنه حال العقد سواء كان العيب موجودا حال العقد أو عيبا متجددا كما هو واضح .

ثم انه ذكر المصنف أنه يندفع الغرر عن البيع مع التبرى عن العيوب بالاعتماد على اصالة الصحة و لكن يرد عليه ما ذكرناه سابقا من انه لا دليل على اعتبارها بوجه على أنه لا يرفع الغرر فانه بمعنى الخطر و هو أمر نفسانى لا يرتفع بالاصل فانه لا يزيل الصفة النفسانية .

قوله : ثم ان البراة فى هذا المقام يحتمل اضافتها الى امور ، اقول :

حاصل كلام المصنف أن البراة من العيوب يحتمل أن يضاف الى أمور :

الاول : أن يتبرء من نفس العيوب بأن تبرء عن الالتزام بسلامةالمبيع عن العيوب الموجودة فى المبيع حال العقد ٠

الثانى : ضمان العيب فقط بأن يتبرأ من الأرش فقط دون الخيار فيكون المشترى مع ظهور العيب فى المبيع مخيرا بين الردّ و الامضاء فقط٠

الثالث: أن يكون المراد من التبرى عن العيب التبرى عن حكمه و هو اسقاط الخيار ثم ذكر أن الأنسب الى معنى البراءة هو الثانى وقد تقدم عن التذكرةالمعنى الثالث و هو بعيد عن اللفظ الا أن يرجع الى المعنى الاول ٠

و لكن الظاهر أنه لا فارق بين المعنى الاول و الثالث و ذلك لأنه لا معنى للتبرى عن نفس العيب الذى هو مفاد الوجه الأول و توضيح ذلك أنا قد ذكرنا سابقا أنه لا معنى لاشتراط وصف فى البيع بان يبيع شيئا مع اشتراط كونه متصفا بوصف كذا أى التزم بكونه على وصف كذا و هذا لا معنى له ، بل مرجعه ٠

اما الى التعليق بان يبيع على تقدير كون المبيع متصفا بوصف كذا ٠

و اما الى اشتراط الخيار على تقدير التخلف بأن التزم المشترى البيع على تقدير كون المبيع موصوفا بوصف معلوم و أما التخلف فلا يلتزم به بل يكون البيع متزلزلا ٠

أما التعليق فهو يوجب البطلان فلا معنى لاعتبار الوصف فى المبيع بهذا المعنى ٠

و أما الثانى : فقد عرفت أن مرجعه الى جعل الخيار و عليه فمعنى التبرى عن العيب أى عدم الالتزام بصحة المبيع ليس اسقاط الخيار اذ التعليق فى البيع باطلا و اذن فيكون مفاد الوجه الاول و الوجه الثانى واحدا كما هو واضح ٠

و أما الوجه الثانى : فالفرق بينه و بين الوجه الاول الذى مرجعه الى الوجه الثانى واضح اذ الوجه الأول و الثالث كما عرفت عبارة عن اسقاط الأرش دون الخيار كما هو واضح ،أما أن المراد هو الوجه الأول أو الثانى فيختلف ذلك باختلاف قصد المتبرى و ظهور كلامه و الظاهر من الاطلاق هو سقوط الخيار والأرش معا ٠

و دعوى أن التبرى من الأرش فقط لا دليل عليه لكون الرواية دالة على التبرى على وجه الاطلاق ٠

دعوى جزافيه فان الرواية و ان كانت كك و لكن قد ثبت من الخارج من الأرش غرامة و من قبيل الحقوق فللمشترى أن يرفع اليد من حقه و لم يطلب الغرامة من البايع فالتبرى عن الأرش فقط مع رضاء المشترى بذلك صحيح و أما دعوى كونه اسقاطا لما لم يجب فقد عرفت جوابه و أنه لا باس باسقاطه فى ضمن العقد ٠

قوله : ثم تبرى البايع عن العيوب مطلقا ٠ أقول : قد ذكر السيد فى المقام أن مقصود المصنف غير ما هو ظاهر من عبارته فان عبارته ظاهرة فى معنى و مقصوده شىء آخر و عليه فهنا مسألتان :ـ

الاولى : ما فهمه السيد من عبارة المصنف ؟

والثانى : ما هو ظاهر كلام المصنف؟

أما الاولى : فذكر السيد أن مراد المصنف أن التبرى انما يسقط الخيار فقط، و أما حكم التلف فى زمان الخيار الذى هو كونه على من لا خيار له و هو البايع فى المقام فلا يزول و لا يسقط سواء كان التلف بسبب العيب أو غيره لعموم ما دل على ان التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له ٠

و بعبارة أخرى أن التبرى انما هو مجرد سقوط الخيار و أما ماتقتضيه قاعدة التلف فى زمان الخيار من كونه على البايع فهو باق ،و لا يسقط بمجرد

التبرى فانه يكفى فى ثبوت ذلك شانية الخيار أى ثبوت الخيار لولا الاسقاط و ان لم يكن الخيار ثابتا بالفعل ٠

والحاصل : أن قاعدة كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار لهأعممن يكون هنا خيار بالفعل أو خيار بالشأن كما هو واضح ٠

و يرد على هذه المسئلة أولا أن موضوع الحكم هنا انما هووجود الخيار الفعلى بحيث يكون هنا خيار بالفعل و أما الخيار الشأنى فليس موضوعا لهذه الاحكام بوجه و الا فلابدّ من الالتزام بكون التلف مطلقا فى أى وقت كان ،و لو بعد شهر أو سنة ممن لا خيار له فيما اذا لم يلتفت المشترىالى العيب الى سنة مثلا ،بل اكثر و تلف المبيع بعد هذه المدة لا باتلاف المشترى و التفت المشترى بالعيب حين التلف فانه على هذا فجميع اوقات وجود المبيع عند المشترى زمن خيار الشأنى كما هو واضح مع أنه لم يلتزم به أحد ٠

و بعبارة أخرى أن ما هو موضوع لهذه القاعدة اعنى الخيار الفعلىقد سقط قطعا بتبرى البايع و ما هو ليس موضوعا لها اعنى الخيار الشأنى و التقديرى فهو باق فى بعض الأحيان الى الأبد٠

و ثالثا : أن قاعدة كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له انما هو فى خصوص خيار الحيوان و الشرط بالنص و فى خيار المجلس الحاقا وأما الخيارات الأخر فلا تجرى فيها هذه القاعدة و من الواضح ان خيار العيب من جملة تلك الخيارات التى لا مرتع فيه لهذه القاعدة كما هو واضح ٠

و أما المسئلة الثانية التى هى ظاهر عبارة المصنف فهى أنه اذا تبرى البايع من عيب السلعة و تلف المبيع فى زمان خيار آخر للمشترى كخيار الحيوان و الشرط و المجلس فهل يكون ضمانه على البايع أولا بل يكون ضمانه للمشترى أيضا لتبرى البايع عن العيب فالظاهر هو ان الضمان هنا

على البايع فانه لا منافات بين تبرى البايع عن العيب و بين ثبوت الضمان عليه من جهة كون التلف فى زمان الخيار من غير جهة العيب فان اطلاق ما دل على أن التلف فى زمن الخيار من مال من لا خيار له فحكم هنا فلا مخصص له بوجه و اذن فيكون التلف هنا من البايع لكونه فى زمان خيار الحيوان مثلا ، لا من المشترى ، بل لا دلالة فى لفظ التبرى على كون التلف فى زمن خيار المشترى من المشترى اذ التبرى من العيب أى ربط له بذلك بل لا يسقط الضمان عن البايع حتى بصراحته بالتبرى مطلقا مستبعات العيب حتى لو تلف المبيع به فى زمان خيار المشترى كما اذا كان المبيع حيوانا فتلف فى ضمن ثلاثة ايام فهذا حكم شرعى لا يسقط بالاسقاط وتقدم أن الحكم و الحق كلاهما حكم شرعى ، الاّ ما يسقط بالاسقاط نسمى حقا و ما لا يسقط به نسمى حكما .

وعلى الجملة فكون التلف فى زمن الخيار من البايع حكم شرعى لا يسقط بالتبرى و لا نعرف خلافا فى هذه المسئلة الا عن الشهيد فى الدروس حيث قال لو تبرا البايع من عيب فتلف به فى زمن خيار المشترى فالاقرب عدم ضمان البايع وكذا لو علم المشترى به قبل العقد أو رضى بعده و تلف فى زمان خيار المشترى .

ثم قال : و يحتمل الضمان لبقاء علاقة الخيار و قد ظهر مما ذكرناه أنه لا وجه لمخالفة الشهيد و نفى الضمان عن البايع مع التلف ح كما لا وجه لقوله و يحتمل الضمان لبقاء علاقة الخيار فانه لا معنى لتوهم هذه العلاقة اذ لو كان المراد بها هو خيار الحيوان فقد تبرأ البايع منه و ان كان المراد به غير خيار الحيوان فهو و ان كان صحيحا و لكن لا ربط له بخيار العيب حتى يقال ان علاقة الخيار باقية .

و بعبارة أخرى أن خيار العيب قد زال بتبرى البايع فلم يبق منه شیء

أصلا و الخيار الذى هو موجود فعلا و تلف المبيع فى زمنه اعنى خيار الحيوان ليس من متعلقات خيار العيب بوجه فلا وجه لكلامه بوجه ·

ثم ذكر أن الاشكال أقوى فيما لو تلف المبيع بالعيب السابق وبالعيب المتجدد فى زمن الخيار الآخر كخيار الحيوان و وجه الاقوائية هو أن البايع انما تبرأ من العيب السابق الموجود حال العقد لا من العيب الحادث بعده فيكون اشكال كون الضمان على المشترى دون البايع قويا بل لابدّ و ان يكون الامر بالعكس و لكن قد عرفت أن الضمان فى جميع ذلك على البايع لاطلاق ما دل على كون التلف (فى زمن خيار الحيوان و الشرط و خيار المجلس بالالحاق) من البايع فلا مخرج عن ذلك و أن هذا حكم شرعى لا يسقط بالتبرى حتى مع التصريح بذلك و أن التبر لا يدل على ذلك و على أزيد من التبرى من الأرش و الخيار أى على اسقاط الأرش والخيار ·

قوله : ثم ان هنا أمورا يظهر من بعض الاصحاب سقوط الردّ والارش بها ، أقول : ذكر الاصحاب أمورا يسقط بها الأرش و الردّ منها زوال العيب قبل العلم به و قد صرح العلامة بذلك فى غير موضع من التذكرة ، و مال اليه جامع المقاصد و اختاره فى المسالك بل ذكر فى التذكرة فى أواخر فصل العيوب أنه يسقط الأرش و الرّد بعد العلم بالعيب أيضا وقد فصّل المصنف هنا بين الرد و الارش والتزم بسقوط الردّ دون الأرش و افاد فى وجه ذلك أن الظاهر من الادلة خصوصا بملاحظة أن الصبر على العيب ضرر هو ردّ المعيوب و هو الذى يكون حين الرد متلبسا بالعيب و أما ما كان معيوبا سابقا فزال عيبه فليس بموضوع للردّ و توهّم استصحاب الخيار هنا فاسد لارتفاع موضوعه فلا أقل من احتمال ارتفاع موضوعه فيكون بلا موضوع فلا يكون متعهدا لاثبات توسعة الحق هذا هو الوجه لجواز الرد و أما الوجه لجواز مطالبة الأرش فلانه قد ثبت جواز مطالبة الأرش فيما كان وصف الصحة مفقودا

فی المبیع حین العقد فقد استقر الأرش علی ذمة البایع بالعقد فسقوطه یحتاج الی دلیل خصوصا بعد ما علم المشتری بالعیب و زال ، و الصحة الحادثة لا تمنع عن ذلك لكونها حادثة فی ملك المشتری .

وعلی الجملة فذمة البایع مشغولة بذلك فسقوطه عنها یحتاج الی دلیل كما هو واضح .

ثم ذكر أنه لم یتعرض لهذا الفرع أحد قبل العلامة وان احتمل دخوله تحت القاعدة المذكورة للشافعیة من الزائل العائد كالذی لم یزل أی وصف الصحة التی كانت مفقودة وعادة كالذی لم یزل فلا یكون المبیع فی حكم المعیوب فعلا أو كالذی لم یعد فیكون فی حكم المعیوب ثم ذكر أنه لا دلیل علی هذه القاعدة ولا شیء تحتها فانها مجرد عبارة ، بل نحتاج فی كل مورد الی الدلیل الخاص. وقد عرفت أن مقتضی الدلیل فی المقام هو سقوط الردّ دون الأرش .

أقول : أن المستفاد من الروایة كما أن موضوع الرد هو المعیوب الفعلی أی ما كان متلبسا بالعیب فعلا وكذلك موضوع جواز مطالبة الأرش أیضا هو المعیوب الفعلی لا ما كان معیوبا حین العقد فان الرد والأرش قد ثبتا فی الروایات معا من أنه اذا كان المبیع معیوبا كان له الرد والأرش علی نحو التخییر أو أنه مخیّر بین الردّ و الامضاء قبل التصرف وأما بعد فیكون له مطالبة الأرش فقط ، علی ما تقدم من المصنف واخترناه أیضا فی مورده استنادا الی ظاهر الادلة فلا یستفاد من الأدلة أن موضوع الرد هو المعیوب الفعلی دون موضوع الأرش وان كان یستفاد ثبوت الأرش بعد سقوط الرد لا التخییر من الاول كما هو واضح .

نعم ، لو قلنا بان وصف الصحة یقابل بالمال فیكون فی مقابله حین العقد ثمن أیضا ، فلما ذكره المصنف وجه حیث أن ما قابل من الثمن فی

مقابل وصف الصحة قد أخذه البايع بلا استصحاب منه لفوات مقابله أعنی وصف الصحة فيبقی مشغول الذمة ما لم يخرج عن عهدته سواء زال العيب وعاد وصف الصحة أم لا ، و لكن قد عرفت سابقا ان هذا المبنی فاسد من اصله و لم يتلزم به المصنف أيضا ، بل وصف الصحة يوجب زيادة المالية وهو واسطة لا زيادة المالية فی المبيع و زيادة ثمنه كما هو واضح و لذا لا يجب للبايع دفع الأرش قبل مطالبة المشتری ذلك كما هو واضح وعليه فلا يبقی مجال لما ذكره المصنف هنا ، بل يسقط الأرش بزوال العيب كما يسقط الرد أيضا.

و قد ذكر السيّد أن الانصاف هو عدم الفرق بين الرد والأرش ودعوی استقرار الثانی بالعقد دون الأول كما تری و ظهور الدليل فی رد ما هو متلبس بالعيب مشترك الورود فانا نقول بالنسبة الی الأرش أيضا كذلك خصوصا مع أن الأرش غرامة لا يثبت الا بعد مطالبته و التحقيق سقوطهما معا للظهور المذكور وعلی الجملة فلا فارق بين الرد والأرش بحسب الدليل هذا.

و لكن يمكن أن يقال أولا انه ينبغی أن يعكس الامر بأن يسقط الأرش دون الرد أما سقوط الأرش فمن جهة ما عرفت من كون موضوعه هو المبيع المعيوب و الفرض أن العيب قد زال عنه فلا يثبت للمشتری جواز مطالبة الأرش من البايع فلا وجه لثبوت الأرش ح بوجه.

و أما ثبوت الرد وعدم سقوطه فمن جهة أن خيار العيب كخيار الغبن و الرؤية انما هو ثابت بحسب الشرط الضمنی علی كون المبيع صحيحا حال العقد و المفروض أنه غير صحيح فيكون له خيار تخلف الشرط فلا دليل علی سقوطه بعده و ان كان العيب زائدا بعده فانه انما زال فی ملك المشتری دون البايع كما اذا اشتری زيد عبدا من عمرو فاشترط عليه أن يكون العبد كاتبا ولكن لم يكن كاتبا حال العقد و قد تعلّم الكتابة بعده فانه لا شبهة فی

ثبوت خيار تخلف الشرط للمشتري، و ان كان كاتبا الا أنه انما حصل في ملك المشتري دون البايع و من هنا ذكرنا أن الرواية الدالة على ثبوت خيار العيب انما ثبت على طبق القاعدة لا على خلافه كما هو واضح ·

نعم ثبوت الأرش هنا لخصوص الرواية لا بحسب الشرط الضمني فانه لا يتكفل على ذلك ·

و لكن التحقيق أن يقال بثبوت الرد و الأرش كليهما و ان زال العيب بعد العقد فتكون النتيجة هو أن الزال العائد كالذي لم يعد فكأن وصف الصحة الزائل لم يعد و تقريب ذلك أن غير رواية زرارة من الروايات الدالة على ثبوت الردّ و الأرش و ان كانت ساكتة عن صورة زوال العيب من المبيع المعيوب حال العقد و المستفاد منها أن موضوع الردّ و الأرش انما هو المعيوب الفعلي فانه في هذه الصورة اما نقول بالرد والأرش تخييرا أو بالرد أولا ،و مع سقوطه فبالأرش كما تقدم و بالنسبة الى ملاحظة هذه الروايات فماذكره السيد متين جدا وفقا لما ذكره العلامة وغيره ولكن بالنسبة الى النظر الى رواية زرارة فالامر ليس كك فانه ذكر فيها أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرء به و احدث فيه شيئا ثم علم بذلك العيب فانه يمضي عليه البيع فيثبت له تفاوت ما بين الصحيح و المعيب وهو الأرش فيدل مفهوم هذه الرواية على عدم مضي البيع اذا لم يتبرء البايع من العيب و لم يعلم المشتري بذلك حال العقد و لم يحث فيه حدثا فانه اذ التفت المشتري بذلك العيب بعد العقد فيكون له الردّ و ليس في الرواية أنه يسقط الردّ بعد زوال العيب، بل هي مطلق بالنسبة الى حال زوال العيب أيضا فلا دلالة فيها أن الرد أنما يثبت اذا كان العيب موجودا حال الرد ،بل بكلمة ذلك يشعر البغير مشيرا الى العيب بكفاية وجود العيب حال العقد فقط في جواز الردّ مطلقا حتى بعد الزوال كما هو واضح و عين هذا البيان

جار فی ثبوت الأرش أيضا بعد زوال العيب فانه مذكور مع الرد فی هذه الرواية و موضوعه انما هو ثبوت العيب فی المبيع حال العقد سواء زال بعده أم لم يزل ،كما هو واضح ، و قد عرفت ان هذه الرواية و ان لم تكن صحيحة و لكنها معتبرة ·

قوله و منها التصرف بعد العلم بالعيب، أقول : ان الكلام فی كون التصرف بعد العلم بالعيب الذی يوجب الحدث فی المبيع يقع فی جهتين

الأولى : فی أن التصرف هل يسقط الرد والأرش معا أو لا·

و الجهة الثانية : فی أنه هل تشمل أخبار الارش صورة التصرف الموجب للاحداث بعد العلم بالعيب أم لا·

أما الكلام فی الجهة الاولى فنقول : ان كان التصرف مسقطا تعبديا كما فی التقبيل للجارية و ركوب الدابة و وطی الجارية و غير ذلك من التصرفات التی هی مسقطة بالتعبد فلا دلالة فی ذلك على سقوط الارش بوجه ،فان سقوط الرد بالتصرف تعبدا غير مربوط بسقوط الأرش به مع وجود الدليل على ثبوت الارش ، بل قد ثبت الأرش فی مورد التصرف فی الجارية بالجماع و لم يمنع ذلك الجماع عن ثبوت الارش كما لا يخفى وان كان التصرف مسقطا للردّ لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد والالتزام به فلا يكون البحث عن سقوط الرد بالتصرف نزاعا كبرويا ،بل يكون نزاعا صغرويا و راجعا الى أن أی تصرف هو كاشف عن الرضا بالعقد وعن سقوط الرد و الخيار و بعد كونه كاشفا عن ذلك فتنازع فی أنه هل يكون التصرف الكاشف عن الرضا بالعقد كاشفا عن الرضا بالعيب أيضا أم لا فيكون هذا أيضا نزاعا لفظيا ففی كل مورد يكون كاشفا عن سقوط الارش فيحكم به و الا فلا يكون هنا نزاع كبروی و قد اشار المصنف الى ذلك بقوله و حيث لم يدل التصرف على سقوط الارش فالاصل بقاؤه و ذكر أيضا الاولى أن الرضا بالعقد لا يدل على سقوط الأرش ·

و أما الجهة الثانية فهي أنه هل تشمل أخبار ثبوت الارش على صورة التصرف بعد العلم بالعيب أم لا فنقول قد نقول بان المشترى اذا اشترى مبيعا معيوبا فهو من الأول مخيّر بين الامور الثلاثة ،أما الرد أو الامضاء مجانا أو مع الأرش على ما ذهب اليه المشهور فح يقع الكلام فى أن التصرف يوجب سقوط الرد والأرش أولا فالكلام ح راجع الى مسقطية التصرف و قد تقدم الكلام فى ذلك من أنه مسقط تعبدا أو لكونه كاشفا عن الرضا ٠

وعلى كل تقدير فهل يكون التصرف مسقطا للرد و الأرش معا أم لا ؟ و تارة نقول ان المشترى ليس من الاول مخيرا بين الرد و الامضاء مجانا أو الأرش ، بل بين الرد والامضاء و بعد سقوط الرد ثبت له الأرش فقط بحيث ليس له مطالبة الارش قبل سقوط حق الرد٠

ثم انه يقع النزاع فى انه بعد عدم سقوط الارش بالتصرف فهل تشمل أخبار الارش لصورة التصرف بعد العلم أيضا كما تشمل لصورة التصرف قبل العلم أو لا بحيث لا يكون التصرف موجبا لسقوط الأرش مطلقا سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده ،و فى هنا سئوال الفرق بين القول بالتخيير بين الامور الثلاثة من الاول أولا فى كون ذلك دخيلا فى شمول دليل الأرش لصورة التصرف بعد العلم بالعيب،فذكر المصنف أن اختصاص النص بصورة التصرف. قبل العلم ممنوع،فليراجع٠

أقول : قد راجعنا الاخبار الدالة على سقوط الارش بالتصرف، ليس فيها ما يدل على عدم سقوط الأرش بالتصرف بعد العلم بالعيب، بل تدل على عدم سقوط الأرش بالتصرف قبل العلم بالعيب فقط كما هو واضح ٠

و قد عرفت فى رواية زرارة ذلك حيث قال عليه السلام :أيما رجل اشترى شيئا و لم يتبرء البايع من عيبه و لم ينبه عليه و أحدث فيه حدثا ثم علم بذلك فانه يمضى عليه البيع و يأخذ تفاوت ما بين الصحيح و المعيب فانه عليه

السلام قد عبر بكلمة ثم علم بالعيب بعد قوله و احدث فيه شيئا وهوظاهر فی كون التصرف قبل الاطلاع علی العيب كما هو واضح ،وكك بقية الاخبار فانها مختصة بالتصرف الذی كان قبل العلم بالعيب، نعم فی رواية ميسر و رواية عبد الملك ما يدل علی ذلك.

أما الاول : فما عن ابی عبدالله عليه السلام قال : كان علی عليه السلام لا يرد الجارية اذا وطئت و لكن يرجع بقيمة العيب،فانها مطلقة بالنسبة الی التصرف الذی كان قبل العلم بالعيب أو بعده.

و أما الثانية : فهی ما رواه عنه عليه السلام قال لا ترد الجارية التی ليست بحبلی اذا وطئها صاحبها و له ارش العيب،و هی أيضا مطلقة بالنسبة الی ما بعد العلم و ما قبله.

و فيه أولا : أن هاتين الروايتين ضعيفتا السند فلا تصلحان لاثبات المقصود بعد اختصاص بقية النصوص بما قبل العلم بالعيب.

و ثانيا : أن فی رواية حماد دلالة منطوقا علی ثبوت الأرش وسقوط رد اذا كان التصرف المسقط قبل العلم بالعيب و بمفهومها تدل علی سقوط الأرش و الرد معا اذا كان التصرف بعد العلم بالعيب و الرواية هذه روی الحماد فی الصحيح عن أبی عبدالله عليه السلام يقول: قال علی بن الحسين عليه السلام كان القضاء الأول فی الرجل اذا اشتری الامة فوطئها ثم ظهر علی عيب أن البيع لازم و له ارش العيب، فان مفهوم هذه الرواية هو أن الأرش ساقط اذا كان التصرف فی المبيع المعيوب بعد العلم بالعيب ، و بهذا نقيد اطلاق رواية ميسرة و عبد الملك الدال علی عدم سقوط الأرش بالتصرف بعد العيب ايضا ،وعلی هذا الذی ذكرناه فيما ذكره ابن حمزة من كون التصرف بعد العلم بالعيب يكون مسقطا للرد و الأرش معا متين لعدم دلالة شیء علی ثبوته مع التصرف بعد العلم بالعيب.

قوله : و منها التصرف فى المعيب الذى لم تنقص قيمته بالعيب كالبغلى الخصّى اقول : قد ذكر المصنف (ره) أن من جملة ما يسقط به الأرش و الرد معا التصرف فى المعيب بالعيب الذى لا يوجب نقصا فى القيمة ، و الظاهر أنه لا يناسب للمصنف أن يذكره فى المقام فان كلامنا فيما يكون بنفسه موجبا لسقوط الرد والأرش لا فيما يكون موجبا لذلك بالضميمة بان يكون شيء موجبا لسقوط الردّ و شيء آخر موجبا لسقوط الأرش ويضم احدهما الى الاخر فيحكم بكونهما موجبا لسقوط الردّ و الأرش و ما ذكره المصنف هنا كك حيث انه ضمّ التصرف الى العيب الذى لا يوجب نقص المالية فجعلهما قسما مما يوجب سقوط الردّ و الارش والحال أنه ذكر التصرف مستقلا من مسقطات الرد و ذكر العيب الذى لا يوجب نقصا فى المالية من مسقطات الأرش كما هو واضح و بعد ذلك لا وجه لضم احدهما الى الآخر هذا أولا.

و ثانيا : قد عرفت فيما تقدم أن مطلق نقص الشيء عن الخلقة الاصلية ليس بعيب فى المبيع ما لم يوجب نقصا فى المالية و القيمة والّا لكان الختان أيضا عيبا فى العبد وعليه فما ذكره من المثال من كون التصرف فى البغل الخصى موجبا لسقوط الرد والأرش ليس بصحيح حيث ان الخصا ليس بعيب فى البغل أصلا لعدم تفاوت القيمة بذلك كما أنه فى العبد أيضا ليس بعيب لرغبة طائفة الى الخصى و طائفة أخرى الى غير الخصى ، نعم الخصاء فى مثل الفرس و نحوه يكون عيبا كما هو واضح .

و ثالثا : أنك قد عرفت فيما تقدم أن مطلق التصرف ليس بمسقط للعيب و انما المسقط انما هو التصرف الذى يوجب التغيير فى المبيع أو يكون مسقطا بالتعبد كوطى الجارية و تقبيلها أو ركوب الدابة أو يكون التصرف بنفسه مصداقا للاسقاط الفعلى كما هو واضح و الّا فلا دليل على كونه مسقطا له كما لا يخفى .

و نعید هذا البحث لفائدة احتمالیة فنقول أنه اذا تصرف المشتری فی المبیع الذی کان معیوبا بعیب لا یوجب ذلك العیب نقصان القیمة کالخصّی من البغل و نحوه، فهل یوجب ذلك الأرش والرد أم لا، فذکر المصنف ان الارش منتف لعدم تفاوت القیمة و الرد أیضا منتف للتصرف ثم ذکر أنه یشکل الأمر فیه بلزوم الضرر علی المشتری بصبرة علی المعیب وأجیب بأنه لیس هنا ضرر مالی لعدم نقص فیه أصلا، بل لا ضرر هنا لأن الضرر عبارة عن النقص فی المال والاطرف و العرض فأی ضرر هنا یترتب علی سقوط الردّ کما هو واضح.

و الصحیح أن یقال أن الخصا و نحوه فی العبد وغیره بان لم یکن عیبا کما هو الظاهر علی ما عرفت فلا شبهة فی أنه لیس هنا عیب فضلا عن ثبوت الخیار و الأرش حتی نبحث عن سقوطها بالتصرف فاصل موضوع الرد و الأرش منفی هنا وان کان یصدق عنوان العیب علی ذلك أما سقوط الأرش فواضح لعدم ثبوته أولا فضلا عن سقوطه بالتصرف فانه عبارة عن تفاوت ما بین الصحیح والمعیب والمفروض انتفاء التفاوت هنا کما لا یخفی.

و أما سقوط الرد فان قلنا بکون التصرف مسقطا للرد لکونه کاشفا عن الرضا بالعقد واسقاطا عملیّا للردّ فیکون موجبا لسقوط الرد وکذلك اذا کان مسقطا علی نحو التعبد و أما اذا لم یکن کذلك کما هو الظاهر ان التصرف مسقطا تعبدا فی موارد خاصة و أنه لا یکشف عن الرضا بالعقد نوعا کما عرفت فی جواب المصنف سابقا فلا یکون التصرف ح مسقطا لخیار العیب فیکون ح اطلاقات ما دل علی ثبوت خیار العیب محکمة هذا اذا قلنا بصدق العیب علی مثل الخصی و نحوه، و اما مع عدم الصدق فقد عرفت.

نعم، اذا علم من القرائن الخارجیة أو بالصراحة ان عدم کون العبد خصیّا انما هو شرط فی ضمن العقد أی اشترط المشتری علی البایع عدم

هذا الوصف في ضمن العقد ·

فح لا شبهة في عدم ثبوت الأرش أيضا لا من جهة عدم تحقق التفاوت ما بين الصحيح و المعيب كما عرفت، فانه انما يجرى فيما اذا كان العيب صادقا على هذا الوصف وكان مما لا يوجب تفاوت المالية لا في المقام فان المفروض هنا عدم صدق العيب على هذا الوصف وعدم ثبوت خيار العيب بعنوانه، بل الخيار من جهة الاشتراط، لا من جهة أنه لا دليل على الأرش في خيار الشرط و أما الرد فهو باق على حاله فانه ثابت من جهة تخلف الوصف والمفروض أن التخلف موجود و سقوطه بالتصرف لا دليل عليه الا اذا كان اسقاطا عمليا عنه، و هو منفي الا اذا كانت قرينة على أن التصرف اسقاط عملي للخيار و رضاء بالعقد مطلقا و هو مطلب آخر ·

فتحصل أنه لا دليل على سقوط الرد على فرض ثبوته لأجل خيار العيب أو لأجل تخلف الشرط ·

قوله : ومنها حدوث العيب في المعيب المذكور، أقول : قد ذكر المصنف أن اشكال لزوم الضرر على تقدير سقوط الارش والرد في محله ·

أقول : توضيح الكلام أنه اذا اشترى أحد معيبا بعيب لا يكون به قيمة السلعة ناقصة عن أصلها و حدث فيها عند المشتري حدثا فهل يكون الأرش و الردّ ساقطا هنا أم لا ؟ فنعيد الكلام الذى تقدم في سابقة هنا بادنى تفاوت ·

و حاصله : أنه لا شبهة في سقوط الأرش لما عرفت من أنه تضاد ما بين الصحيح والمعيب في الثمن والمفروض أن العيب من العيوب التي لا توجب نقصان القيمة و أما سقوط الرد فقد عرفت أن عمدة الدليل على سقوطه مع حدوث الحدث في المعيب انما هو رواية زرارة و مرسلة الجميل ومن الواضح أن موضوع سقوط الرّد فيها بالحدث انما هو العيب الذى يوجب الارش

و لذا حکم الامام علیه السلام فیها فی فرض احداث الحدث بثبوت الأرش و سقوط الرد و هذا الموضوع منتف فی المقام فان المفروض أن العیب لیس مما یکون موجبا للارش و کك مرسلة الجمیل و اذا لم تشلمه روایة زرارة فلا یبقی هنا مانع عن شمول الادلة الدالة علی سقوط خیار العیب هنا ، فبناء علی صدق العیب علی مثل هذا الوصف یحکم بعدم ثبوت الأرش ، و بثبوت الردّ کما هو واضح ·

و اما اذا قلنا بعدم صدق العیب أصلا علی مثل هذا الوصف فلا یثبت خیار العیب من الأول اصلا ،نعم اذا قلنا باعتبار عدم مثل هذا الوصف فی المبیع من جهة قیام القرائن الخارجیة علی اعتبار عدمه فی ضمن العقد أو اشترط عدمه فی العقد صریحا فانه ح و ان لم یصدق العیب علی وجود هذا الوصف و لکن مقتضی الاشتراط هو ثبوت الخیار مع التخلف فیکون الخیار هنا خیار تخلف الشرط دون خیار العیب·

و أما احداث الحدث فهو لا یوجب سقوط خیار الشرط لعدم الدلیل علیه الا اذا کان التصرف مسقطا عملیّا له و من هنا ظهر أنه لا وجه لاثبات الخیار بالاستصحاب کما فی المتن لثبوته بادلة خیار العیب مع صدق العیب علی ذلك الوصف و بالشرط الضمنی فی صورة الاشتراط کما هو واضح فافهم وعدم ثبوت الارش ح أیضا واضح کما تقدم·

و أما ما ذکره المصنف من ان اشکال لزوم الضرر هنا فی محله لاوجه له لما عرفت أنه لیس هنا ضرر علی المشتری أصلا فانه عبارة عن النقص فی المال أو الاطراف أو العرض و کل ذلك منفی هنا ،ثم انه اذا ثبت الرد فأراد المشتری أن یرد المبیع الی البایع فلابدّ له من رده علی النحو الذی أخذه کما هو مقتضی قانون الفسخ ،فانه یقتضی أن یرد المال المأخوذ من البایع علی النحو الذی أخذه المشتری منه والاّ کان البایع متضرر منه و هو منفی

و لا يكون ذلك معارضها بلزوم الضرر على المشترى مع عدم الرد لما عرفت أنه لا يلزم عليه ضرر من ذلك أصلا و حيث حدث فيه حدث و لم يقم بعينها فلا يمكن رده بعينه على النحو الذى أخذه من البايع فلابدّ له أن يرده اليه مع الأرش و قد عرفت ذلك سابقا و عرفت أيضا الأرش هنا غير الأرش الذى يجب على البايع ان يعطيه المشترى على فرض ثبوته وسقوط الرد فانه التفاوت من الثمن ما بين المعيب و الصحيح و هذا بخلاف الأرش هنا، فانه عبارة عن تفاوت القيمة ما بين المعيب والصحيح ، و لا تعرض له بالثمن أصلا ، بل يجب بالفعل أن يقوم المبيع معيبا و صحيحا و يؤخذ تفاوت ما بين الصحيح والمعيب، سواء طابق أصل الثمن أم لا ؟ كما لا يخفى .

قوله : و منها ثبوت أحد مانعى الرد فى المعيب الذى لا يجوز أخذ الأرش فيه لأجل الربا .

أقول : من جملة ما يوجب سقوط الرد و الأرش ما ذكروا من التصرف فيما اذا كان الجنسان ربويان فان تصرف المشترى هنا يمنع عن الرد والأرش الكلام هنا مبنى على عدم كون التصرف مانعا من مطالبة الأرش كما اذا لم يكن موجبا لسقوط الأرش اما لكونه واقعا فى حال الجهل بالعيب أو لعدم كونه أى التصرف مما يمنع عن الرد و الأرش لعدم كونه مسقطا لهما كما تقدم

و أما اذا لم تجز مطالبة الأرش مع التصرف فلا مورد لهذا الكلام أصلا ثم ان الكلام هنا ، هو الكلام بعينه فى المسقط السابق اعنى حدوث العيب فى المعيب بعيب لا يوجب تفاوت القيمة أما بالنسبة الى الرد فقد تقدم أن التصرف ان كان مسقطا للرد تعبدا أو كاشفا عن الرضا بالعقد و الا فلا وجه لسقوط الرد.

أما الاسقاط التعبدى فهو مخصوص بموارد خاصة كتقبيل الجارية و ركوب الدابة فى خيار الحيوان و أما كونه كاشفا عن الرضا بالعقد فهو نزاع

صغروی ففی أی مورد کشف التصرف عن ذلك فهو و الاّ فلا دليل على سقوط الخيار .

و أما احداث الحدث الذی هو قسم خاص من التصرف فقد عرفت أنه انما یوجب سقوط الرد فيما اذا كان المورد مورد ثبوت الأرش و الرد معا و المفروض ان المورد ليس كذلك لعدم ثبوت الأرش لوجود المانع عنه وهو لزوم الربا فلا يكون المورد مشمولا لدليل سقوط الرد و ثبوت الأرش و هو رواية زرارة و مرسلة الجميل اذاً فلا وّجه لسقوط الرد هنا أی فيما اذا كان العوضان متجانسين و كان المبيع معيبا و تصرف فيه المشتری قبل العلم بالعيب مثلا .

و أما الأرش فقد ظهر مما ذكرناه أنه منفی للزوم الربا على الفرض بناء على قبوله ، و الاّ فقد عرفت عدم لزوم الربا فی ثبوت الأرش لعدم كونه جزء من الثمن والاّ كان البايع مشغول الذمة من الأول و لم يتوقف على مطالبة المشتری بل الأرش غرامة و من مستبعات العقد كما لا يخفی ، هذا ما يرجع الى أصل المسئلة .

و لكن للعلامة هنا كلام آخر قد فسّره المصنف فيتفرق به هذا المقال عن سابقه حيث ذهبا الى وجود المانع من الرد أيضا وحاصل كلامهما يبتنی على مقدمتين :ـ

الاولى : أن وصف الصحة فی الربويات لا تقابل بالمال لكونه مستلزما للربا فيكون موجبا لبطلان البيع من الاول و ذلك لأنه اذا باع جنسا بجنس كان كل منهما فی مقابل الآخر على نحو التساوی و اذا كان فی مقابل الوصف شیء الآخر فيلزم أن هذا الطرف زائدا عن الطرف الآخر فان الطرف الآخر قد وقع مقدار منه فی مقابل هذا الطرف، بخلاف العكس و يكون ما يؤخذ فی مقابل وصف الصحة زائدا على الطرف الآخر فيكون موجبا للربا ، فيكون

البيع باطلا من الأول فوصف الصحة فی الربويات كوصف الكتابة فی غیر الربويات فی عدم مقابلتهما بالمال.

المقدمة: الثانية أن قانون الفسخ يقتضی ردّ كل عوض علی مالكه علی النحو الذی أخذه من مالكه فضم هذه المقدمة الی سابقها ينتج أن التصرف فی الجنس الربوی المعيب يوجب سقوط الرد و الأرش معا و ذلك لأنه اذا رده المشتری فلابدّ وأن يرد المبيع الی البايع علی النحو الذی أخذه و قد فرضنا أنه حين ما أخذه من البايع لم يكن وصف الصحة يقابل بالمال و الاّ لبطل البيع من الأول و حيث لم يقابل بالمال من الأول فلايقابل بالمال حين الفسخ أيضا و من هنا يبطل التقابل مع اشتراط الزيادة أو النقيصة فی أحد العوضين فاذا استرد المشتری الثمن لم يكن عليه الاّ رد ما قابله من المبيع لا غير و السر فی ذلك أن معنی الفسخ و التفاسخ هو البطلان العقد الاول و ارجاع مال كل من المتعاملين الی صاحبه علی النحو الذی أخذ منه و حيث لم يكن أحد العوصين زائدا عن الآخر فلا يجوز أن يكون زائدا بالتقائل أيضا وكذا فی الفسخ فانه اذا لم يكن وصف الصحة مقابلا بالمال فی أصل العقد لا يكون كذلك حين الفسخ أيضا ، والاّ فلابدّ من التقابل بالمال من الأول فيلزم الربا علی الفرض وعلی هذا فيسقط الرد و الأرش ، أما الأرش فلما عرفت من كونه مستلزما للربا فلا يكون ثابتا و أما الرد فلانه ضرر علی البايع بدون الأرش فيكون ساقطا و اذن فلايثبت الردّ و الأرش فيما اذا كان المبيع معيبا و من الربويات و حدث فيه عيب عند المشتری.

و فيه أن ما افاداه من عدم كون وصف الصحة فی الربويات مقابلا بالمال وان كان صحيحا الاّ أن الأمر كذلك فی غير الربويات أيضا فان الاوصاف مطلقا سواء كانت اوصاف الصحة أو أوصاف الكمال و سواء فی الربويات أم فی غيرها و

انما هى توجب زيادة المالية فقط، فهى واسطة فى ثبوت المالية للموصوف وعلى هذا فلا مورد لكلام المصنف و العلامة من أن الوصف من الأول لا يقابل بالمال فى الربويات لكونه موجبا للزوم الربا ،و أما ردّ المعيب مع حدوث العيب فيه عند المشترى مع التفاوت فايضا ليس من جهة كون وصف الصحة مقابلا بالمال ،بل من جهة أن مقتضى قانون الفسخ هو رد كل من العوضين على مالكه على النحو الذى اخذه و من الواضح أن قيمة الصحيح أكثر من قيمة المعيب فلابدّ و أن يردّه الى مالكه مع هذا التفاوت بمقتضى ضمان اليد ،و لا يلزم الربا هنا فان ضمان المشترى التفاوت ما بين الصحيح و المعيب، ليس من جهة الضمان المعاملى ،بل من جهة ضمان اليد، فانه بعد فسخ المعاملة فيكون عليه رد مال البايع اليه على النحو الذى أخذه بمقتضى اليد ، فكأنه لم تحقق هنا معاملة أصلا فكما أنه مع عدم تحقق المعاملة فلابدّ لمن وضع يده على مال الغير أن يرده اليه على النحو الذى أخذه لأن على اليد ما اخذت حتى تؤدى فكذلك فى المقام و الاّفلازم ذلك أنه لو غصب احد مال غيره فزال وصف الصحة عنده أن لا يضمن ذلك بدعوى أن وصف الصحة لا يقابل بالمال ،و هى بديهى البطلان ،و لم يلتزم به أحد وعلى هذا فاذا رد المشترى العين المعيبة التى حدث فيها عيب عنده فلابدّ له أن يرده مع الأرش أى مع التفاوت الواقعى ما بين الصحيح و المعيب و يكون المقام ح نظير المقبوض بالسوم اذا زال وصف الصحة عند الاخذ أو تلف فلا وجه لنفى كون المقام مثله كما ذكره المصنف.

ثم على تقدير التنزّل و الالتزام يكون الأرش مستلزما للربا بلزوم رد مثل أو القيمة اذا اراد المشترى الرد وذلك لأن الالتزام بعدم جواز الرد أصلا

ضرر على المشترى والالتزام بجواز رده بدون الأرش ضرر على البايع فانه لم يكن ماله حين اعطائه للمشترى معيوبا بالعيب الذى حدث عند المشترى و ردّه الى البايع مع الأرش مستلزم للربا و اذن فلابدّ من فرض ذلك المال كالتالف واذا فسخ المشترى العقد لكون متعلقه هو العقد فتنتهى النوبة الى البدل ، و هو المثل أو القيمة وعلى الجملةفأولا لا وجه لمنع الرد بدون الأرش من جهة لزوم الربا ، بل يجوز الرد مع الأرش أى للمشترى أن يرد المبيع الى البايع مع بذله تفاوت ما بين الصحيح و المعيب من غير أن يلزم الربا من ذلك و مع التنزل نقول بعدم سقوط الخيار و بجواز الفسخ ، ولكن لا بدّ من ردّ المثل أو القيمة دون العين المعيبة لكونه مستلزما للضرر اذا كان بدون الأرش وان كان معه فيلزم منه الربا كما لا يخفى ٠

قوله : و منها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار ٠

أقول : ظاهر الغنية اسقاطه الردّ و الأرش بلا خلاف كليهما و ذكر فى المبسوط و الوسيلة سقوط الرد بالتأخير وحده و اختاره المصنف أيضا و فى الكفاية اطلاق الاخبار الدال على عدم السقوط و فى الحدائق والمسالك لا نعرف فيه خلافا و فى الرياض أنه ظاهر الاصحاب المتأخرين كافة ٠

وعلى الجملة ، فالمسئلة مورد الخلاف بين الفقهاء اذا كان التأخير مع العلم بالعيب فان الظاهر من الغنية أنه ادعى عدم الخلاف فى سقوط الردّ و الأرش بالتأخير ولكن المبسوط صرّح بسقوط الردّ دون الأرش و فى الكفاية ادعى عدم الخلاف فى عدم سقوطها بالتأخير و كذا فى الحدائق ، و جعل ذلك أى عدم السقوط صاحب الرياض ظاهر المتأخيرين من الاصحاب

أقول : يقع الكلام فيه من جهتين :ــ

الاولى : فى وجود المقتضى للرد والأرش بان الاطلاقات يقتضى ثبوتهما عند تأخير الردّ أم لا ٠

الثانية : فی ثبوت المانع عن الأرش و الردّ و أنه علی تقدير تمامية المقتضی للردّ و الأرش و ثبوت الاطلاق بالنسبة اليهما هل هنا مانع عن ثبوت الأرش و الرد أم لا ؟

أما الجهة الثانية :فالظاهر أنه لا مانع عن ذلك لأنه اماالتصرف أو التأخير أما التصرف فلا يكون كاشفا عن الرضا بالعقد فضلاعن الرضا بالعيب الا اذا قامت قرينة علی ذلك فهو بعيد فی مورد البحث و ثبوت كونه مسقطا للردّ فی خيار الحيوان بمثل التقبيل و نحوه انما هو بالتعبد لا لأجل كشفه عن الرضا بالعقد كما لا يخفی ·

و أما التأخير فهو أيضا لا يكشف عن الرضا بالعقد و العيب و ذلك لأن التأخير أولا انما يكون من دواعی مختلفة من المسامحة و نحوها و لا يختص بكونه عن الرضا بالعقد و من الواضح أن الاعم لا يدل علی الاخص و علی تقدير كونه كاشفة عن الرضا بالعقد فلا يكون كاشفا عن الرضا بالعيب و عليه فلا يكون دالا علی سقوط الأرش أيضا و ان كان دالا علی سقوط الرد كما هو واضح ·

و أما الجهة الاولی : فبالنسبة الی الأرش فلا كلام لنا فيه ولم يخالف فی ثبوته أحد و ان خالف صاحب الغنية بالنسبة الی مطلق الرد و الأرش و لكن لم يعتنی به أحد و ذلك لأن اطلاق ما دل علی ثبوت الأرش محكم فلا قصور فيه فان ما دل عليه كرواية جميل و زرارة ليس فيها أن الأرش مخصوص بالزمان الاول فقط، و اذا تأخر يكون خارجا عن مورد الاطلاقات، بل هی شاملة لأول زمان الاطلاع علی العيب و الزمان البعد أيضا كما هو واضح و أما ثبوت المقتضی بالنسبة الی جواز الرد بعد الزمان الأول أيضا فذكر المصنف أنه أی جواز الرد مختص بالزمان الأول فقط، لأن الاطلاقات قاصرة عن شمولها للزمان المتأخر فانها ناظرة الی أصل جواز الرد لا الی

كيفيه و أمده ٠

و لكن يرد عليه أن الروايات الدالة على ثبوت الردّ أيضا مطلقة بالنسبة الى الزمان الأول و الزمان المتأخر لعدم قصورها عن الشمول لهما بوجه فان منها رواية جميل و قد ذكر الامام عليه السلام فيها بأن العين أن كانت قائمة بعينها فيجوز له الرد و لا شبهة في اطلاقه الى الزمان المتأخر عن زمان العلم بالعيب، و كذلك رواية زرارة فانه عليه السلام ذكر أنه أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرء منه و لم ينبّه عليه و قد احدث فيه شيئا فانه يمضى عليه البيع فانها تدل بمفهومها على أنه اذا جاز الردّ لعدم تحقق الأمور المذكورة جاز له ذلك مطلقا من غير أن يكون جواز الردّ مختصا بالزمان الاول و تشكيك المصنف في الاطلاقات و تخصيص ذلك بأول زمان من الاطلاع على العيب قد عرفت جوابه ٠

و بعبارة أخرى أن وجود المقتضى للردّ وعدم وجود المقتضى له مبنى على وجود الاطلاق لأدلالة خيار العيب وعدمه فان قلنا بثبوت الاطلاق لخيار العيب فلا شبهة فى وجود المقتضى لثبوت خيار العيب فى الزمان المتأخر عن الزمان الأول من ازمنة الاطلاع على العيب و ان لم يكن المقتضى موجودا أى لم يكن اطلاق لأخبار خيار العيب كان الكلام من صغريات تقدم الاستصحاب على العموم الدال على اللزوم بالنسبة الى الازمنة المتأخرة وعدم تقدمه عليه أى المورد من موارد تعارض العموم و الاستصحاب، و قد تقدم فى خيار الغبن أن العمومات الدالة على اللزوم منحلة الى الافراد الطولية حسب استمرار الازمنة كانحلالها الى الافراد العرضية أى العمومات انما تثبت الحكم الخاص لكل فرد خاص من الافراد العرضية و الطولية ومع ذلك فلا يكون هنا مورد للاستصحاب بوجه كما هو واضح ،فعلى تقدير عدم وجود المقتضى للخيار فلا مناص عن القول بلزوم العقد لكون العمومات محكمة ٠

و أما بناء على القول بتمامية المقتضى فلا شبهة فى تقدمها على العمومات و كونها مخصصة لها كما هو الميزان فى تقدم كل خاص على كلّ عام و اذن فلابدّ من التكلم فى أصل وجود المقتضى وعدمه و قد عرفت أنه تام فى المقام فلا مانع من شمول الاطلاقات الدالة على ثبوت الرد بالنسبة الى الزمان الاول و الزمان المتأخر كما هو واضح ·

ثم ان هنا حاشية عجيبة للسيد (ره) فانه ذكر فى ذيل عبارة المصنف و هى قوله بناء على ما تقدم فى سائر الخ ، حيث ذكر أن العبارة سقطا و هو عجيب، فان مراد المصنف من العبارة واضح و هو سقوط الرد بناء على ما تقدم من اصالة اللزوم فلا سقط فى العبارة ·

قوله : مسئلة : قال فى المبسوط·

أقول : اذا كان البايع جاهلا بالعيب فهو و ان كان عالما بالعيب فهل يجب عليه اعلام المشترى بالعيب مطلقا أو لا ، ذكر فى المبسوط أنه اذا لم يبينه فعل مخطورا أى محرما وعليه فيجب الاعلام مطلقا ·

و الثانى : ما ذكره فى المبسوط أيضا أنه وجب عليه اما الاعلام أو التبرى من العيب·

و الثالث: استحباب الاعلام كما فى التذكرة و الشرايع·

و الرابع: التفصيل بين العيب الخفى ،فيجب فيه الاعلان دون الجلى فلا يجب فيه الاعلان وعلى الأول فاما يجب فيه الاعلان مطلقا كما هو ظاهر جماعة ،أو مع عدم التبرى كما فى الدروس فالمحصّل من ظاهر كلماتهم خمسة

أقول :و ذكر المصنف أن منشأ الأقوال الخمسة هو أن عدم بيانه عيب السلعة هل هو غش أم لا ؟ و قد تقدم تحريم الغش فى المكاسب المحرمة ، فذكر السيد فى حاشيته أن النسبة الغش و النصح ليست من قبيل النقيضين و لا من قبيل الضدين الذين ليس لهما ثالث، بل يمكن أن لا يكون الانسان

ناصحا و لا غشــا كنوع الناس بالنسبة الى نوعهم فالساكت عن شخص ليس ناصحا له و لا غاشا وعليه فالبايع و ان كان عالما بالعيب، و لكن لا يجب عليه بيان العيب و اظهاره بأنه معيوب، بل انما يحرم عليه الغش و اظهار السلعة على نحو يتخيل المشترى أنه صحيح و أما السكوت عن ذلك فلا و للمشترى أن يدقّ النظر فى السلعة و يسأل من البايع أو من شخص آخر أن فى المبيع عيب أم لا ٠

كان الكلام فى بيع المعيب مع العلم بكونه معيبا فقد عرفت أن الاقوال فيه خمسة بالنسبة الى الحكم التكليفى:

الاول : وجوب الاعلام مطلقا ٠

الثانى : وجوبه اذا لم يتبرء أو مع التبرى ٠

الثالث: استحباب الاعلام ٠

الرابع: التفصيل بين العيب الجلى و العيب الخفى و على الثانى يجب الاعلام اما مطلقا أو مع عدم التبرى و أما مع كون العيب جليّا فلا يجب الاعلان فذكر المصنف أنه يجب الاعلام من جهة أن عدمه اخفاء العيب فهو غش فالغش حرام على ما عرفت فى الجزء الاول من دلالة الروايات الكثيرة على حرمة غش المسلم فى البيع و الشراء و أنه ليس منا من غش مسلما و من الواضح أنه لا شبهة فى صدق الغش على عدم بيان عيب المتاع واورد عليه السيّد فى حاشيته بان الغش مع النصح ليس من قبيل الضدين الذى لا ثالث لهما و لا من قبيل المتناقضين، بل هما من قبيل العدم والملكة، أو الضدين الذى لهما ثالث فاذا لم يناصح أحد أخاه فليس لازمه أن يكون غاشا ،بل لا يكون غاشا و لا يكون ناصحا أيضا كأكثر الناس و من الواضح أن البايع اذا لم يبين عيب متاعه لا يلزم أن يكون غاشا ،بل لا يكون غاشا و لا ناصحا ،فان مجرّد بيع المعيب ليس غش و قد تقدم فى حرمة الغش جواز

بيع المعيب اذا كان ظاهرا كما فى صحيحة محمد بن مسلم هذا ملخص ما ذكره السيد فى المقام ٠

و لكن الظاهر أنه لا شبهة فى صدق الغش على بيع المعيوب مع السكوت عن عيبه و عدم التبرى منه و عدم كون العيب جليّا بحيث يظهر للمشترى أنه معيوب لا أن يكون بحيث يكون ظاهرا لغير المشترى فانه اخفاء العيب عن المشترى و لا يقاس ذلك بالشخص الثالث فانه اذا سكت عن بيان العيب لا يكون غاشا و لا اذا سئل عنه و سكت فانه ح يكون غاشا و هذا الوجه يمكن المناقشة فيه بأنه لا معنى للالتزام بالوصف الخارجى الاّ رجوعه الى الخيار كما عرفت سابقا و هو ليس الا الحكم الوضعى و لابدّ هنا ببيان و توضيح و حاصله أن بناء العقلاء قائم على أنه اذا سكت البايع عن بيان العيوب فى المبيع يكون سكوته هذا منجز له أنه حكم بصحة المبيع فهو كالتصريح بالصحة و يكون ذلك اخفاء فيكون محرّما كما هو واضح ٠

و الوجه فى ذلك ما عرفته سابقا من ان البايع بسكوته عن اظهار العيب فى المعيب يلتزم بسلامته بحسب بناء العقلاء و اذا سكت عن بيان العيب و لم يتبرأ و لم يكن العيب جليّا فلا شبهة فى التزامه بسلامة المبيع عن العيب و ليس هذا الاّ كالتصريح بأنه ليس بمعيب و اذن فيكون غاشا للمشترى ٠

نعم ، اذا تبرأ من العيب فلا يكون منه ح التزام على الصحة و هكذا اذا كان العيب جليّا بحيث أن المشترى يراه لا بحيث لا يراه لغفلة منه أو لا يلاحظه أعتمادا على أصالة الصحة كما هو واضح والمذكور فى الصحيحة من جواز بيع المعيوب و عدم كونه غشا انما هو فرض كون العيب جليّا فلا تكون الصحيحة مدركا للسيد و اذن فالصحيح هو القول الثانى اعنى وجوب الاعلان مع عدم التبرى فيما يكن العيب جليّا للمشترى ، هذا بالنسبة الى

الحكم التكليفي ·

و أما بالنسبة الى الحكم الوضعي أعني بطلان البيع بالغش و عدم بطلانه ففي جامع المقاصد أنه ينبغي بطلان البيع في مثل شوب اللبن بالماء لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه و الآخر مجهول الا أن يقال أن جهالة الجزء غير مانعة ان كانت الجملة معلومة كما لو ضم ماله و مال غيره و باعهما ثم ظهر البعض مستحقا للغير فان البيع لا يبطل في ملكه و ان كان مجهولا قدره وقت العقد ، انتهى · فلابدّ من التكلم في اقسام المعيوب ليتضح كلام جامع المقاصد في أي مورد ، أقول : توضيح المسئلة أن الغش تارة يكون من المزج و أخرى من غير المزج فالمزج على أقسام أربعة :

الاول : أن يكون المزج على نحو يكون الخليط مستهلكا في الشيء المخلوط كمزج الماء باللبن على نحو لا يخرج اللبن عن حقيقته ، بل يصدق عليه الحليب عرفا ·

الثاني : أن يكون اللبن مثلا مستهلكا في الآخر أي في الخليط بحيث لا يصدق عليه اللبن عرفا ، بل يقال انه ماء قد امتزج فيه مقدار من اللبن ·

الثالث : أن لا يبقى عنوان كل من الممتزجين بعد الامتزاج بل يتشكل هنا عنوان ثالث وحقيقة ثالثة كمزج الخل بالسكر فانه يوجب تشكيل حقيقة أخرى غير الخل والسكر ويقال له السكنجبين ·

الرابع : أن لا يستهلك أحدهما في الاخر بعد الامتزاج كخلط التراب في الحنطة على نحو لا يصدق عليه أنه تراب أو حنطة أو شيء ثالث ، بل يقال أنه حنطة وتراب فهل يصح البيع في جميع هذه الصور أو يبطل في جميعها أو يفصل؟

فنقول : أما اذا كان الغش من عيب آخر غير المزج و الخلط فالظاهر هو صحة البيع مع الخيار ، فان البايع قد التزم بحسب بناء العقلاء على صحة المبيع و كونه واجدا لوصف الصحة و قد عرفت سابقا أنه لا معنى للالتزام

بالوصف الخارجى الا تعليق البيع على وجوده و لزوم البيع على تقديروجوده فحيث كان الأول باطلا مع كون المفروض هو صحة البيع فيتعين الثانى فيكون البيع صحيحا مع الخيار و ان كانت المعاملة حراما تكليفا وعلى هذا فلا شبهة فى صحة البيع كما هو واضح ،و قد عرفت سابقا أن خيار العيب على طبق القاعدة و الاخبار الواردة فيها وردت على طبق القاعدة .

و أما اذا كان الغش من جهة المزج فان كان المزج من قبيل القسم الأول بان يكون الخليط مستهلكا فى المبيع كشوب الماء فى اللبن كان البيع صحيحا لتحقق الصورة النوعية العرفية و هو عنوان اللبن الذى هو مبيع غاية الأمر يكون له خيار العيب أو خيار تخلف الوصف و هذا واضح وان كان المبيع مستهلكا فى الخليط كأن لا يصدق عنوان المبيع على الشىء الموجود الخارجى بأن كان الماء فى اللبن بحيث لا يصدق عليه عنوان اللبن و انما يصدق عليه عنوان الماء الذى امتزج فيه اللبن وعلى هذا فلا شبهة فى بطلان البيع لتخلف الصورة النوعية المعتبرة فى صحة البيع الواقع على العين الخارجية على ما ذكرناه مرارا فان ما وقع عليه البيع غير موجود وما هو موجود لم يقع عليه البيع و من هنا يظهر حكم القسم الثالث من الاستهلاك فان الامتزاج قد أوجب تحقق عنوان ثالث لم يقع عليه البيع كما هو واضح .

و أما القسم الرابع: فهو مركز الاختلاف و مورد كلام جامع المقاصد من الحكم ببطلان البيع للجهالة أو عدم بطلانه و أما الاقسام المتقدمة فليست موردا لذلك لما عرفت من أنها اما صحيحة مطلقا مع الخيار أو باطلة كذلك و الصحيح هو الحكم بصحة البيع فى الجزء الذى وقع عليه البيع و بالبطلان بالنسبة الى الجزء الآخر الذى لم يقع عليه البيع كما اذا باع منين من الحنطة فظهر أحدهما ترابا والمن الآخر حنطة بحيث يصدق على كل منهما أنه حنطة أو تراب، فلاوجه لصحة البيع فى المجموع فان المفروض أن نصفه لم

يقع عليه البيع و لا وجه للقول بالبطلان فى المجموع لأن المفروض أن نصفه مما وقع عليه البيع فيحكم بالصحة فى النصف و بالبطلان فى النصف الآخر كما هو مقتضى انحلال المبيع الى مبيعات متعددة و انحلال البيع الى بيوع عديدة غاية الامر يثبت للمشترى خيار تخلف شرط الانضمام و تبعض الصفقة خصوصا اذا كانت الهيئة الاجتماعية دخيلة فى مالية المبيع أو فى غرض المشترى كما هو واضح ٠

ثم ان هنا اشكالا آخر و هو أن المبيع يكون مجهولا فيكون البيع باطلا للجهالة لعدم العلم بأن الحنطة هنا أى مقدار و فيه انك قد عرفت فيما سبق فى اعتبار الوزن و الكيل فى المكيل و الموزون أنه اذا كانت الجملة معلومة فيصح البيع و ان لم تكن الاجزاء معلومة و لا دليل على اعتبار العلم بالعوضين أزيد من ذلك ٠

فى اختلاف المتبايعين

قوله : مسائل فى اختلافى المتبايعين ٠

أقول : توضيح الكلام هنا أن الاختلاف يقع فى صور ثلاثة فأنه تارة يقع فى موجب الخيار و أخرى فى مسقطه و ثالثة فى الفسخ ٠

أما الصورة الاولى : ففيه مسائل :

الاولى : لو اختلفا فى تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه فذكر المصنف أن القول هنا قول المنكر بيمينه و المراد منه هو البايع غالبا لأن الأغلب أن المشترى يدعى العيب و البايع ينكره ٠

و توضيح الكلام هنا أنه اذا اختلف البايع و المشترى فى تعيب المبيع بأن يختلفا فى كون المبيع معيوبا قبل العقد و عدمه بحيث فعلا أى بعد

العقد أيضا لم يثبت كون المبيع معيوبا فهذا لا يخلو عن صور :

الاولى ــ أن يكون المبيع قبل العقد معيوبا و لكن يدعى البايع زوال العيب وعدم بقائه الى زمان العقد ، فح فالاصل بقاء العيب الى زمان العقد فوقوع العقد محرز بالوجدان و بقاء العيب الى زمان العقد محرز بالاصل فيتم الموضوع المركب فيترتب عليه الحكم و على هذا فالقول قول المشترى الذى يدعى كون المبيع حال العقد معيوبا و لابدّ للبايع من اثبات أنه لم يقع العقد على المبيع المعيوب ، وح فيحلف المشترى و ان كان المبيع قبل العقد سالما عن العيب و لكن يدعى المشترى تعيبه حين العقد وأن العقد انما وقع على المعيب دون الصحيح و ح فالقول قول البايع لاصالة بقاء المبيع على حالته الأولية و ح فيحلف البايع فلابدّ للمشترى أن يثبت أن المبيع كان معيوبا كما هو واضح ٠

و اذا لم تكن له حالة سابقة أو كانت و لكن تبادلت الحالتان بحيث كانت تبادل الحالتين مانعة عن جريان الاستصحاب كما ذهب اليه صاحب الكفاية أو لم تكن مانعة عن جريان الاستصحاب فى نفسه و انما سقط للمعارضة فح بناء على ما ذكرنا من جريان الاستصحاب فى الاعدام الازلية فنرجع الى الاستصحاب العدم الأزلى فنقول أن طبيعى البيع و ان تحقق فى الخارج مسلما و لكن نشك فى وقوعه على ما به عيب أوعوار الذى هو موضوع الحكم فى خيار العيب على ما هو مقتضى رواية زرارة و نقول الاصل عدم وقوع العقد على مافيه عيب أو عوار و يكون ذلك مثل نفى الوصف عن المرأة القرشية لا نفى أصل الموضوع لأن طبيعى البيع محقق فى الجملة فى الخارج وبهذا الأصل أيضا نثبت عدم وقوع البيع على المعيب فيثبت به موضوع الحكم و على تقدير التنزّل من ذلك وعدم جريان الاستصحاب العدم الأزلى فتنتهى النوبة الى الأصل الحكمى ٠

و نقول انه ثبت بالادلة القطعية و القواعد العامة أنه لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه و من الواضح أن مال المشتري و هو الثمن قد صار مال البايع بالمعاملة فنشك في أنه هل يكون مال المشتري أيضا أم لا، فنقول الاصل عدمه فنستصحب مالكية البايع أو نتمسك بالعمومات الدالة على حرمة التصرف في مال الغير كما هو واضح ·

و لكن يمكن المناقشة في ذلك من جهة أن التمسك بالعمومات تمسك بالعام في الشبهة المصداقية حيث نشك في أن الثمن بعد الفسخ من مال البايع أم لا ، فلم نحرز كونه من مال البايع حتى نتمسك بالعام بل هو مشكوك

او أما استصحاب الملكية أي ملكية البايع بعد الفسخ فهو شبيه بالاستصحاب في الشبهات الحكمية ·

أما وجه عدم كون ذلك من الاستصحاب في الشبهات الحكمية هو أن الشك في الشبهات الحكمية انما هو من ناحية الشك في الحكم الشرعي للشيء و هل أن حكمه أي شيء و من الواضح لا نشك هنا في الحكم اذ مع كون المبيع معيوبا فحكمه معلوم و هو ثبوت خيار العيب للمشتري ومع عدم كونه معيوبا فلا خيار له فلا نشك في الحكم الشرعي ، بل لا ندري أن الموضوع هو معيب أم لا ·

و أما وجه كونه شبيها بالشبهات الحكمية فمن جهة أنه لا يعلم أن المبيع كان صحيحا فتكون الملكية الحاصلة هنا مطلقة لأن ما اشترط فيه من وصف الصحة بحسب بناء العقلاء قد تحقق في المبيع أم لا ، بل كان معيبا بان لم يكن الوصف المذكور موجودا هنا فيكون الشك في ذلك منشئا للشك في كون الملكية المجعولة مطلقة أم لا فتكون شبيهة بالشبهات الحكمية حيث نشك أن ملكية البايع مجعوله على نحو الاطلاق أو كانت مقيدة بعدم كون المبيع معيوبا فيكون مخدوشا والعمدة ما ذكرناه من التمسك بالاصل الموضوعي و

هو استصحاب العدم الأزلى ·

و أما الاعتماد على أصالة الصحة والسلامة على ما ذكره المصنف فيما تقدم و فيما يأتى اشار اليها السيد فى حاشيته فلا وجه له ،فانه لا دليل على اعتبار أصالة السلامة أصلا ،فانه لم يقم بناء من العقلاء على أن الأصل فى الا شياء هو السلامة و لم نعلم مثل هذا البناء من العقلاء ،بل لا معنى له أصلا فأى معنى لا لتزامهم على أن الاصل فى الا شياء السلامة ·

نعم ، بناء العقلاء قائم و موجود على كون المبيع سالما من العيوب عند البيع بمعنى أن البايع التزم بحسب بناء العقلاء على أن يكون المبيع سالما عن العيوب و مع عدم السلامة فيكون للمشترى خيار تخلف الشرط كما هو واضح ·

و أما الصورة الثانية فهى أن يكون الاختلاف فى كون الوصف الموجود فى المبيع عيبا أم لا ،بأن يدعى المشترى كونه عيبا و يدعى البايع عدم كونه عيبا و لم يجد فى البين أهل الخبرة حتى يرجع اليه و ح فالاصل أيضا مع البايع و أنه عدم كونه عيبا و اذن فيحلف البايع على ذلك فلا يكون للمشترى حق الرد و حق مطالبة الأرش و ان كان البايع يعترف بكونه نقصا فى المبيع و أن قيمة المبيع يقل بهذا الوصف و لكن ينكر كونه عيبا بحيث يثبت له الأرش فانه ثابت فى فرض كون المبيع معيبا و أما مجرد فقدان وصف يوجب نقصان القيمة فلا يكون عيبا فيكون له أى للمشترى خيار من جهة النقصان ولا يكون له الأرش كما هو واضح ·

و قد عرفت سابقا أن مثل الصبغ و الخياطة و قطع الثوب وطحن الحنطة يوجب نقص القيمة لعدم كون الناس راغبين بها على النحو الذى يرغبون الصحيح منها و لكن مع ذلك فتلك الاوصاف ليست بعيب فى المبيع ، بل أوصاف توجب نقص القيمة فله أى للمشترى رد المبيع فقط،و ان انكر البايع كون الوصف كذلك أيضا بان انكر كونه أى الوصف موجبا لنقص القيمة أيضا

فيكون مثل انكار مأصل كونه عيبا فالاصل عدمه فيكون القول قول البايع فيحلف و للمشترى الاثبات و هذا واضح ·

و أما الصورة الثالثة : فهى أن يكون المبيع معيوبا فعلا و بعد العقد و لكن وقع الاختلاف فى كون العيب قبل العقد أو بعده وعلى تقدير اتفاقهما على حدوث العيب بعد العقد يقع الاختلاف فى أنه وقع فى حال ضمان البايع أو لا بان وقع العيب قبل القبض أو فى زمان الخيار أم لا فذكر المصنف هنا أن القول قول منكر تقدمه للأصل ·

و لكن هذا الصورة بعينها راجعة الى الصورة الأولى و هى أن يكون الاختلاف فى كون العقد واقعا على المعيب فان معنى الاختلاف فى تعيّب المبيع بالعيب المعلوم الذى هو موجود بالفعل فى ملك المشترى وفى ضمنه أو لا هو أن المبيع كان معيوبا قبل العقد أم لا ، فيكون ذلك بعينه هو الوجه الأول كما هو واضح فتجرى فيه الوجوه المتقدمة ، و من جميع ما ذكرناه ظهر لك أنه لا وجه لكون تاريخ أحدهما من التعيّب و وقوع العقد على المعيب معلوما أو مجهولا ، ليجرى الاستصحاب فى مجهول التاريخ دون معلومه و ذلك لما عرفت أن موضوع الحكم فى ترتب أحكام المعيب عليه من الرد و الأرش انما هو العيب والعوار و من الواضح أصالة عدم وقوع البيع على المعيب الى زمان العقد لا يثبت وقوع العقد على المعيب فانها بالنسبة الى موضوع الحكم و هو العيب أو العوار مثبت كما هو واضح ·

والحاصل : أن الوجه الثالث يرجع الى الوجه الأول فان مرجع ذلك الى وجود العيب فى المبيع وعدمه ولا اعتناء بتقدم تاريخ احدهما على الآخر وعدمه كما هو واضح ·

و ذكر المصنف عن المختلف انه حكى عن ابن الجنيد أنه ان ادعى البايع أن العيب حدث عند المشترى حلف المشترى ان كان منكرا و ذكر

المصنف و لعله لأصالة عدم تسلیم العین الی المشتری علی الوجه المقصود و قد ذکر ذلك فی البحث عن خیار الرویة و الأصل عدم استحقاقه الثمن کلا وعدم لزوم العقد نظیر ما اذا ادعی البایع تغیر العین عند المشتری وانکر المشتری ۰

أقول : قد ذکرنا فی البحث عن خیار الرویة ۰

أما ما ذکره من أصالة عدم لزوم العقد فلم نفهم له معنی محصّلا أصلا فانه ان کان المراد من ذلك هو الاستصحاب فلا شبهة أن مقتضاه هو اللزوم و ان کان المراد من ذلك هو المطلقات أی الاصل اللفظی فلا شبهة أن المطلقات تقتضی اللزوم فلا مورد لدعوی أصالة عدم اللزوم و مع قبول ذلك و أن الاصل هو عدم اللزوم و هو أصل حکمی فیرتفع موضوعه بواسطة الاصل الموضوعی الجاری فی مورده وهو اصالة عدم کون المبیع معیبا وأصالة عدم وقوع العقد أی هذا العقد الشخصی علی المعیب ألذی هو موضوع عدم اللزوم و قد عرفت أنفا أن العدم الازلی یجری فی المقام و یحرز به موضوع عدم الخیار کما هو واضح ۰

و أما أصالة عدم استحقاق البایع الثمن و فیه أنه بدیهی البطلان فان البایع یستحق الثمن علی کل تقدیر أی سواء کان المبیع معیبا أم لا ضرورة أن الأرش انما هو ثابت بمطالبة المشتری فلا معنی لأن لا یکون البایع مستحقا للثمن کما هو واضح ۰

و أما أصالة عدم تسلیم العین الی المشتری علی الوجه المقصود فلا وجه له أیضا لأن الاصل لا یجری فی المرکب بما هو مرکب اذا جری فی اجزائه ۰

و قد عرفت أن الاصل هو عدم کون المبیع معیبا و الاصل هو عدم وقوع العقد علی المعیب و مع ذلك فلا وجه لجریان أصالة عدم تسلیم العین الی المشتری علی الوجه المقصود ومع الغض عن جمیع ذلك فقد عرفت أن مرجع

الوجه الثالث الى الوجه الاول من كون الشك فى كون المبيع معيبا قبل العقد أم لا ، و الاصل فى ذلك مع البايع أى عدم كونه معيبا فيكون المشترى مدعيّا.

و قد عرفت أن المصنف قد حكى الاتفاق على كون البايع منكرا هناك و كون المشترى مدعيا و لم ينقل الخلاف عن أحد ، بل نقل الوفاق عن ابن الجنيد أيضا ومع ذلك فلا وجه له لجعل المشترى منكرا و البايع مدعيّا ، و جعل المسئلة محلّ الخلاف بين الاصحاب، و تحصل أنه لا وجه للاصول المذكورة فى المقام.

و أما وظيفة الحاكم و أنه ما اذا يفعل اذا اختلف البايع والمشترى فى ذلك ، فنقول قد يكون لكل من البايع و المشترى بيّنة على غرضه ، و قد يكون البيّنة لأحدهما دون الآخر و قد لا يكون لأحد منهما بينة.

أما الصورة الاولى : و هى ان تكون البينة لكل منهما فهل تعارض بيّنة كل منهما مع بينة الآخر فتسقطان أو يتقدم بينته الداخل و هو الذى يكون قوله موافقا للأصل و يسمى من يكون قوله موافقا للأصل داخلا ، فان الاصل يقتضى أن يكون المال له أو يقدم بيّنة الخارج و هو الذى لا يكون قوله موافقا للأصل و هو المدعى فنقول مقتضى الاطلاقات الواردة فى حجية البينة و ان كانت شاملة لحجية كل من البينتين و عليه فمقتضى القاعدة هو سقوطهما عن الحجية و لكن مقتضى التأمل قوله عليه السلام انما اقضى بينكم بالأيمان والبينات مع التأمل فى قولهم عليه السلام البينة للمدعى و اليمين لمن انكر هو تقدم بينة الخارج ، و هو بينة المدعى على بينة المنكر وهو بيّنة الداخل كما هو المعروف والمشهور فان الظاهر من ملاحظة تلك الادلة هو أن الحكم للمدعى انما هو بالبينة و أن الحكم للمنكر انما هو باليمين ، فان الرواية الأولى خصّت القضاوة بالايمان و البيّنات والرواية الثانية فسّرت ذلك و خصّت البينة للمدعى و خصّت اليمين بالمنكر ، وان حسم النزاع انما يكون

بذلك و مقتضى الجمع بين الروايتين أى ضم احديهما الى الأخرى ينتج أن اقامة البينة انما هو وظيفة المدعى و الحلف انما هو وظيفة المنكر وعليه فلا وجه للحكم بتساقط البينتين فيما اذا أقاما بيّنة ، بل لابدّ من الحكم بتقديم بينة الخارج اذن فتكون الروايات مخصصّة لما دل على حجية مطلق البينة ٠

نعم ، ورد فى جملة من الروايات أن بينّة ذى اليد تتقدم على بينة غيره فتكون هذه الروايات شاهدة على تقديم بيّنة الداخل و لكن الظاهر أنه لا شهادة فيها على ذلك فان جهة تقديم بيّنة ذى اليد على غيره ليس بعنوان البينة فقط ، ليكون الملاك فى التقديم هو كونها بيّنة الداخل بل لكون اليد بنفسها أمارة الملكية فتكون مع قيام البينة على وفقها متقدمة على البينة القائمة على الخارج فنفس اليد تقتضى تقديم قول ذى اليد مع البينة ٠

و بعبارة أخرى البيّنة أمارة و اليد أيضا أمارة فلذى اليد أمارتين فتكون مقدمة على بينة الخارج التى أمارة واحدة وعلى هذا فلا شهادة فيها على تقديم بينة الداخل على بينة الخارج ،كما هو واضح ٠

و أما اذا كانت البينة للخارج فقط و هو المدعى فلا شبهة للعمل بها كما هو واضح ، و قد عرفت أن الحكم بالبينة انما هو للمدعى و أن أقامة البينة من وظائفه ٠

و أما اذا كانت البينة للمنكر فقط فهل يحكم له مع البينة من غير احتياج الى الحلف أو لابدّ و أن يحكم له بالحلف فقد ظهر مما تقدم أن الحكم للمنكر انما هو باليمين فلابدّ و أن يحلف و اذا حلف فيحكم له و يختم الدعوى ٠

و أما اذا لم تكن لكل منهما بينة فلا شبهة فى أنه انما يحكم للمنكر مع الحلف و أما بدونه فلا فانك قد عرفت أنه مع اقامة البينة لا يحكم لــه الاّ باليمين ،فكيف اذا لم تكن له بينة ، هذا كله بالنسبة الى وظيفة الحاكم ٠

و قد انتهى الكلام الى صورة عدم قيام البينة من طرف البايع ومن طرف المشترى و أن البايع المنكر لوجود العيب فى المبيع كيف يحلف ، و توضيح الكلام أن البايع تارة ينكر على نفى العيب فى الواقع بأن يدعى المشترى أن المبيع كان معيبا فى الواقع و البايع ينكره فالبايع ح يحلف و يحسم النزاع و ترتفع الدعوى حقيقة و فى الواقع و بعد ذلك لو اقام المشترى بيّنة على كون المبيع معيوبا حين العقد فلا تسمع اذ الحلف قد قطع النزاع واقعا و سقط حقه قطعا كما أنه ليس للمشترى أخذ الأرش من البايع بعنوان الأرش ولو على سبيل التقاص ، فان الحلف أسقط حقه و لو كان على خلاف الواقع يكون البايع مشغول الذمة على المشترى و أما اذا كان المشترى عالم على كون الحلف على خلاف الواقع أو اقامته البينة على ذلك لا يجوّز صحة التقاص أو الاخذ من البايع قهرا عليه الاّ أن يكذب البايع نفسه فى انكاره فح يجوز للمشترى فسخ العقد و أخذ الثمن أو أخذ الأرش فقط ، و لو لم ينكر البايع العيب الواقعى و لا يقول بأن المبيع ليس بمعيوب واقعا بأن ينفى البايع العلم على كون المبيع معيوبا و يقول لا أدرى فهل يتوجه عليه الحلف ؟ ح و اذا حلف فهل ينحسم النزاع بذلك الحلف واقعا أيضا مثل الاول أو لا ، هذه جهة من الكلام فى صورة نفى العلم بالعيب .

و الجهة الثانية : أنه اذا لم يكن حلفه هذه موجبا لحسم النزاع واقعا و اسقاطه فهل يكون موجبا لحسم النزاع ظاهرا أم لا ؟

أما الجهة الاولى : فلا شبهة ان الحلف على نفى العلم بالعيب لا يوجب اسقاط النزاع واقعا بحيث لا يكون للمشترى حق أخذ الأرش من البايع حتى مع العلم بكذبه و السرّ فى ذلك أن ما يدعيه المشترى غير ما ينكره البايع فان المشترى يدعى أن المبيع معيوب فى الواقع و البايع لا ينكره ، بل ينكر العلم و يقول انى قد اعتمدت فى البيع على أصالة السلامة أو الاستصحاب

أو باخبار شخص آخر بالصحة و نحو ذلك و ليس له ان يقال بحجية الاستصحاب فنعمل بمقتضه و الوجه فی ذلك أن الاستصحاب ليس ناظرا الى الواقع، بل هو يبيّن وظيفة المكلف فی الظاهر فيعمل بمقتضاه فی الظاهر دون الواقع بخلاف الامارات والمشتری أيضا لا يدعی أن البايع يعلم كون المبيع معيوبا فی الواقع وعلى هذا فلا يكون حلف البايع على عدم علمه بالعيب، موجبا لاسقاط دعوى المشتری و عليه فلو علم بالعيب واقعا جازله أخذ الأرش تقاصا من البايع و بعد ما اقامت بينة جاز له أخذ الأرش أوالثمن على تقدير الفسخ من البايع اذا كان من الأول مخيرا بين الفسخ و الأرش و الا فاحدهما على سبيل مانعة الجمع.

نعم اذا كان المشتری ادعى علمه بالعيب فحلف البايع بعدم العلم يسقط دعواه حقيقة و واقعا الا أن يكذب البايع نفسه فی حلفه كما هو واضح .

و على الجملة فلا تنقطع الخصومة بالحلف الاّ اذا كان متعلقا بنفی الواقع و الاّ فلا يوجب قطع الخصومة كما هو واضح هذا هو الذی تقتضيه القواعد على ما ذكره المصنف(ره).

قوله : فرع لو باع الوكيل فوجد به المشتری عيبا يوجب الرد.

أقول : ذكر المصنف هذا الفرع فی المقام غير مناسب، بل له ان يؤخره الى أحكام الخيارات و ذلك لأنه غير مختص بخيار العيب، بل يجری فی خيار الغبن و الروية و المجلس و غير ذلك من الخيارات.

و مسئلة الاختلاف فی التقدم و التأخر فی خيار العيب لا توجب اختصاصها بالمقام، و انما هی من صغرياته ولكن حيث ذكرها المصنف، فنحن نتّبه اثره و توضيح المقام أنه اذا وقع البيع فی الخارج و وقع الخلاف المتقدم فيه من حيث كون المبيع معيبا أو غير معيب فتارة يقع البيع من الاصليين ثم ادعى المشتری العيب فی المبيع و ينكره البايع فهذا هو الذی تقدم الكلام

فيه ·

و أخر يكون المشترى مثلا اصلا و البايع وكيلا و ح فالوكيل قد يكون وكيلا في البيع حدوثا و بقاء و قد يكون وكيلا في البيع حدوثا فقط لا بقاء ·

و على الأول فاذا ادعى البايع كونه وكيلا من قبل الموكل فح قد يعلم المشترى بالحال و يعلم أنه وكيل من قبل الموكل حتى حين العقد وقد لا يدرى بذلك و انما البايع يدعى كونه وكيلا من قبل البايع بعد ادعى المشترى في كون المبيع معيوبا أما اذا كان الوكيل وكيلا حدوثا و بقاء ·

فتارة يعلم البايع بوكالته و أخرى لا يدرى ذلك كما عرفت و على الأول فللبايع أن يرجع الى أى منهما شاء من الموكل أو البايع فان كل منهما طرف الدعوى أما المالك الموكل فلكونه مالكا و أما الوكيل فلان المال تحت يده و له التصرف في ذلك كالوكيل في المضاربة وهو بمنزلة المالك في جميع الاحكام المترتبة على البايع وعلى هذا فان انكر كل من الوكيل والموكل كون المبيع معيوبا فتجرى هنا الاحكام المتقدمة فللمشترى ان يحلف الوكيل على ذلك أو الموكل ، فأى منهما حلف سقط حق المشترى في الظاهر واقعا كما عرفت ، فاذا انكر أحدهما العيب و لكن اعترف الآخر بذلك فان كان المعترف هو المالك فواضح ،و ان كان هو الوكيل فكذلك أيضا ،فانه ليس اجنبيا عن الموكل حتى يكون اعترافه اعترافا في حق الاجنبى ، بل كان اعترافه اعترافا في حق المالك فان يد الوكيل هو يد المالك، هذا اذا كان الوكيل وكيلا عن المالك حدوثا و بقاء مع علم المشترى بكونه وكيلا عن المالك كذلك و أما اذا لم يعلم المشترى بالحال و انما البايع بعد مراجعة المشترى اليه يقول انى وكيل من قبل الفلان فتارة يقطع المشترى بأن البايع يكذب و يمنائه ان يرفع الدعوى الى شخص آخر و أخرى لا يعلم بكذبه ·

وعلى تقدير عدم العلم بكذبه و الموكل أيضا يعترف بكونه وكيلا من

قبله فى بيع ذلك فله أن يرجع الى الوكيل و الى الموكل أما الى الوكيل فيمقتضى اليد فان المشترى يقول انى اشتريت المال منك و مقتضى يدك أن يكون ملكا لك فلابدّ أن تكون انت طرفا للدعوى و له أن يرجع الى الموكل بحسب اعترافه أى الموكل بكون الوكيل وكيلا من قبله و على هذا فان انكر فيجرى فيه ما تقدم و ان انكر الموكل و اعترف الوكيل بالعيب فيرجع المشترى الى الوكيل فى أخذ الأرش أو الثمن على تقدير الفسخ و عليه فيشكل هنا دعوى اخرى و هى أن الوكيل يدعى على الموكل أنه كان يعلم أيضا بالعيب و الموكل ينكره فيجرى هنا ما تقدم من الحكم على المدعى بالبيّنة وعدمها يحلف الموكل و ينحسم النزاع و هذا واضح ٠

و اذا علم المشترى و قطع بأن الوكيل كاذب فى دعواه سواء اعترف الموكل بكونه وكيلا من قبله أم لا، فح ليس للمشترى الاّ الرجوع فى دعواه الى الوكيل و ان اعترف الموكل بالعيب وانكره الوكيل فان المشترى بحسب اعتقاده بحسب الموكل اجنبيا فليس له أن يرجع الى الموكل ح ،نعم يكون الموكل مع الاعتراف بالعيب شاهدا واحدا للمشترى على اثبات دعواه ٠

و أما اذا كان الوكيل وكيلا فى البيع حدوثا لا بقا فيرجع الى الموكل فقط، دون الوكيل فان الوكيل و ان كان وكيلا فى البيع و لكنه حين الدعوى صار اجنبيا فيكون اعترافه بالعيب حين العقد كقول الاجنبى بذلك فيكون شاهدا واحدا للمشترى و هذا واضح ، كما عرفت نظير اخبار شخص بنجاسة ثوب كان عنده فانه ليس من قبيل قول ذى اليد ،بل من قبيل الشهادة ٠

و قد انتهى الكلام الى وقوع العقد من الوكيل والاصيل ثم وقوع الاختلاف بينهما و فى هنا جهات من البحث :—

الأولى : فى توجه الدعوى الى أى من الوكيل و الموكل فاذا وقع العقد بين الوكيل الذى هو البايع و بين الأصيل الذى هو المشترى ثم وقع

الاختلاف بينهما فهل يتوجه الدعوى الى الوكيل أو الى الموكل فنقول تارة كان المشترى قاطعا بأن البايع فى دعواه الوكالة عن الغير كاذب حتى مع اعتراف الغير بأنه وكّله و هو وكيله فان المشترى لا يوجّه الدعوى ولا يرجع فى هذه الصورة الاّ الى البايع الذى يدعى الوكالة عن الغير فان المشترى حسب اعتقاده يرى البايع كاذبا فى دعواه فليس له مع ذلك الرجوع الى شخص آخر و ان صدقه هذا الشخص الآخر فى دعواه و كونه وكيلا من قبله ٠

الصورة الثانية : أن يدعى البايع كونه وكيلا من قبل الموكل و لم ينكره المشترى و ليس له قطع بكذبه ، بل يحتمل صدقه و لكن يقول انى اشتريت المال منك فمقتضى يدك كونه من ملكك فان اليد أمارة الملكية ومع ذلك أن من يدعى البايع كونه وكيلا من قبله أيضا يعترف بكونه وكيلا من قبله ، و ح فللمشترى أن يوجه دعواه الى الوكيل لكونه هو المالك بحسب الامارة وهى اليد و له أن يوجّه دعواه الى الموكل لكونه معترفا بكون الوكيل وكيلا من قبله ، فيكون قوله و اعترافه مسموعا ٠

الصورة الثالثة : أن يعلم المشترى بكون البايع وكيلا عن الغير وادعى كون المبيع معيوبا فلا يجوز له أن يوجه دعواه الى الوكيل بداهة أن الوكيل كالاجنبى فلا يسمع انكاره أو اعترافه بالمطلب فى حق الموكل و قد ذكرنا أنه نظير من كان تحت يده ثوب متنجس فباعه ثم بعد مدة أخبر بكونه نجسا فان قوله بالنسبة الى نجاسة ذلك الثوب شهادة فيدخل تحت عنوان الشهادة لا من قبيل قول ذى اليد لكى يسمع قوله بمجرد الاخبار ٠

وعلى الجملة فلا يجوز للمشترى أن يوجّه الدعوى الى الوكيل و ان اعترف بالمطلب غاية الامر يكون اعترافه من قبيل الشهادة فيحتاج الى تمامية شروطها ٠

نعم ، لو كان الوكيل وكيل مفوضا بمعنى أن يكون وكيلا فى البيع حدوثا

و بقاء لا مفوضا فى مقابل الوكيل فى اجراء العقد فانه يمكن أن يكون وكيلا مفوضا فى خصوص البيع والمقصود أن الوكيل اذا كان وكيلا مفوضا فى البيع حدوثا و بقاء فانه يجوز للمشترى أن يوجه الدعوى الى أى من الوكيل و الموكل شاء و هذا كالوكيل فى المضاربة و نحوه هذه هى الجهة الاولى ٠

أما الجهة الثانية : فى أن اعتراف الوكيل يكون اعترافا فى حق الموكل أم لا ، الظاهر بل الواقع أن اعترافه لا يكون نافذا فى حق الموكل فانه قد عرفت فى الجهة الاولى أنه اجنبى عن الموكل فلا يكون اعتراف الاجنبى نافذا فى حق الاجنبى الا أن يكون وكيلا مفوضا فى البيع حدوثا و بقاء فان اعترافه اعتراف فى حق الموكل أيضا كالوكيل فى المضاربة و نحوها ٠

الجهة الثالثة : فى أنه مع حكم الحاكم بالأرش أو بالفسخ هل يثبت ذلك للوكيل فقط دون الموكل أو العكس ٠

فنقول : ان كان الموكل اعترف بالمطلب و أن الوكيل وكيله و المبيع معيب فلا كلام لنا فيه ،كما أنه لا شبهة فى أنه اذا لم يكن حكم الحاكم موجبا لثبوت الأرش أو الفسخ كما اذا كانت البايع منكرا وحلف و انقطع الدعوى فانه لم يلزم شئ هنا على الوكيل البايع حتى نتكلم فى أنه عليه أو على الموكل و اذا ثبت على البايع شئ فتارة يثبت ذلك باعتراف الوكيل بكون المبيع معيبا و أخرى بالبينة و ثالثة باليمين المردودة ، أما اذا ثبت الأرش أو الفسخ باعتراف الوكيل فلا يكون الأمر الثابت الاّ ثابتا على الوكيل فانه انما ثبت باعتراف الوكيل و هو اجنبى عن الموكل ،فلا يكون اعتراف الاجنبى نافذا فى حق الآخر كما قدمناه فى الجهة الثانية الا اذا كان الوكيل وكيلا مفوضا فى الحدوث و البقاء كما هو واضح ٠

و أما اذا كان ذلك ثابتا بالبيّنة فهى حجة شرعية و موجبة لكون الأرش أو لوازم الفسخ على صاحب المال ،فان البينة انما قام فى ذلك المورد فتكون

الغرامة ثابتة على الموكل و اذا ثبت ذلك باليمين المردودة فقد وقع الكلام في أن ذلك لاحق بالقسم الاول اعنى الاعتراف فلا شبهة في أن ذلك لاحق بالقسم الاول اعنى الاعتراف فلا شبهة أنه يكون موجبا لثبوت ما يحكم به الحاكم على الوكيل و ان كان مثل البينة فيكون ذلك مسببا لثبوت ذلك على الموكل و لكن الظاهر، بل الواقع من الأدلة أن اليمين المردودة مسبب مستقل لحسم الدعوى فلا وجه لتنزيل ذلك منزلة الاعتراف أو منزلة البينةبل يلاحظ في نفسها حتى لا تكون موجبة لكون المال على الموكل بل على الوكيل .

انتهى الكلام الى جهات البحث في بيع الوكيل مع المشتري بكونه وكيلا أو عدمه و قلنا ان هذا البحث ليس مختصا بالمقام ، بل هو يجري في جميع الخيارات و هو من احكامها و كثير الفائدة و قلنا هناك جهات للبحث .

و انتهى الكلام الى الجهة الرابعة و هي ان العيب الثابت بحكم الحاكم هل يكون للوكيل أو للموكل فنقول تارة لا يثبت شيء بحكم الحاكم اصلا فلا كلام لنا فيه و انما يكون حكم الحاكم قد أوجب انقطاع دعوى المشتري من غير ثبوت شيء على البايع و أخرى يثبت العيب بحكم الحاكم على البايع فهل يكون هذا لازما على الموكل أو على الوكيل فثبوته هذا انما يكون بأحد وجوه اما اعتراف الوكيل بالعيب أو بقيام البينة على ذلك أو باليمين المردودة أما اذا كانت العيب ثابتا بالبينة فيكون لوازم العيب من الأرش أو ردّ ثمن العين بعد الفسخ على الموكل فان البينة انما قامت على كون العين المبيعة معيوبة و من الواضح أن العين للموكل فتكون ما اثبته البينة أيضا على الموكل سواء اعترفا الوكيل و الموكل بالعيب في هذه الصورة أم لا .

و قد يكون العيب ثابتا باعتراف الوكيل بكون المبيع معيوبا وحكم الحاكم على طبق اعترافه فان لوازم العيب من الأرش و لزوم ردّ الثمن على تقدير

الفسخ انما هو یثبت علی الوکیل حسب اعترافه و لا یکون اعترافه ثابتا علی الموکل الاّ أن یعترف بالعیب کما یعترف بالوکالة فانه ح یکون العیب علی الموکل حسب اعترافه اذا کان الوکیل وکیلا مفوضا فی الحدوث و البقاء کالوکیل فی المضاربة کما تقدم و علی تقدیر عدم کونه وکیلا مفوضا من قبل الموکل مع کونه منکرا للعیب فیشکل هنا دعوی ثانیة بین الوکیل والموکل فان الوکیل یدعی کون العیب من الاول و کون لوازمه علی الموکل من الأرش وردّ الثمن علی تقدیر الفسخ و المشتری ینکر ذلك فان أقام الوکیل بینة علی کون العیب من الأول فیحکم علیه أی علی کون لوازم العیب من الأول فیحکم علیه أی علی کون لوازم العیب علی الموکل و الا فیحلف الموکل فیکون لوازم العیب ثابتا للوکیل و ح یشکل تصرفه فی العین بعد ردّ الثمن علی المشتری علی تقدیر الفسخ فانه بحسب اعتقاده یری عدم استحقاقه بالعین و کونه معیبة و کون الثمن لازم الرد من الموکل و مع ذلك کیف یتصرف فی العین و لکن الظاهر أن هذا لا یوجب الاشکال فانه یحصل الصلح بین الوکیل و بین الموکل اذ الموکل لا یدعی کونه مستحقا للعین و الثمن الذی اخذه معا بل هو یقول انی بعت عینا صحیحة و لم یکن فیها عیب فیکون الثمن الذی اخذته من المشتری ملکا لی فلا یکون الثمن الذی رده الوکیل و اخذ العین المعیبة فان العیب انما حدث فی ملك المشتری و الوکیل یدعی کون العیب علیه فاذا انکر الموکل العیب فقد رضی کون العین له فی مقابل الثمن الذی یرده الی المشتری فیکون هنا صلح قهری و معاوضة قهریة بین الوکیل و الموکل کما هو واضح ٠

ثم اذا لم یکن الوکیل معترفا بالعیب٠

فتارة ینکره جازما و معتقدا بان المبیع لم یکن فیه عیب٠

و أخری ینکره اعتمادا علی أصالة الصحة أوالاستصحاب ولو استصحاب

العدم الازلي و انا حققنا في الاصول أن استصحابا العدم الازلي حجة فمقتضى ذلك هو كون العين صحيحة عند البيع أى عدم وقوع العقد الموجود على المعيب .

أما الصورة الثانية فان حكم الحاكم للوكيل و لم يثبت حكمه شيئا على المشترى من الأرش و الفسخ فلا كلام لنا فيه كما لا كلام لنا فيما اذا اعترف الموكل بالمطلب و اذا أوجب شيئا فان حكم له بالبينة فيكون لوازم العيب على الموكل حتى مع انكار الموكل ذلك لما عرفت ان البينة انما قامت على كون العين معيبة فيكون لوازمه أى العيب على مالك العين كما هو واضح ، لا يخفى .

و ان حكم له و لا يكون انكار الوكيل سببا لعدم جواز رجوعه الى الموكل في هذه الصورة اذ هو مستند في انكاره الى الاصول العملية وهي ترتفع مع قيام البينة كما هو واضح ، و أما اذا كان العيب ثابتا باليمين المردودة فلا يجوز للوكيل أن يرجع معه الى الموكل بداهة أنه أى الوكيل لا يعلم كون المبيع معيبا و لم يحرز ذلك فكيف يرجع الى الموكل كما هو واضح الا أن يعترف الموكل بالعيب فهو مطلب آخر و أما اذا كان الوكيل عالما بعدم العيب وجازما به ، و ح ان لم يثبت العيب بحكم الحاكم فهو أو ثبت ذلك و لكن بذل الموكل بطوع رغبته الثمن ان فسخ المشترى أو الأرش أخذ الأرش و الا فلا يجوز للوكيل أن يرجع الى الموكل فانه جازم بعدم كون المشترى مستحقا لذلك و عدم كون الموكل مطلوبا بالأرش أو الثمن و معه كيف يرجع اليه و لا يفرق في هذه الصورة بين ثبوت العيب بالبينة أو باليمين المردودة فانه على تقدير أن يثبت العيب بالبينة أيضا ليس له أن يرجع الى الموكل فان الوكيل يجزمه بعدم العيب يكذب البينة فلا تكون البينة موجبة للرجوع الى الوكيل لقيامها على تعيّب العين و ح ان أخذ المشترى الأرش فيعطيه

و اذا فسخ فيأخذ العين و يعطى الثمن من طلق ماله فيجرى هنا الاشكال المتقدم من أن الوكيل بعد علمه بعدم كون العين معيبة كيف له أن يتصرف فى العين فانه بعلمه يعلم كونها للمشترى وعدم استحقاق المشترى أخذ الثمن من الوكيل و لكن يدفعه ماذكرناه هناك من وقوع المصالحة القهرية بين المالين غاية الأمر هناك كانت المصالحة بين الموكل و الوكيل وفى المقام كانت المصالحة بين المشترى و الوكيل فان المشترى لا يدعى استحقاقه الثمن والمثمن ، بل يدعى استحقاقه الثمن فهو على تقدير كون المثمن له راضى بكونه للوكيل كما هو واضح ·

ثم انه فى هذه الصورة ان كان الموكل منكرا للعيب أيضا كالوكيل فهو و ان اعترض بالعيب و الوكيل لا يعترف بذلك بل جازم بعدمه فيكون المقام من الموارد التى لابدّ للحاكم أن يحكم بينهما بالتصالح نظير ماذا قال أحد أن المال الفلانى لك الذى تحت يدك و ينكره ذلك الشخص وقد يتفق ذلك كثيرا فانه يعترف احد بكونه مديونا من شخص و ينكره لآخر فان الحاكم يحكم بان يتصالحا الا أن يبرئ أحد الآخر على تقدير أن يكون له حق و الظاهر أنه قد تم بهذه الجهات جميع ما ذكره المصنف فى هذا المقام و ما لم يذكره يعنى كانت هذه الجهات وافية بجهة البحث و هو وقوع العقد بين الوكيل والاصيل و دعوى الاصيل تعيب العين ·

قوله الرابعة : لو رد سلعة بالعيب فانكر البايع أنها سلعته ·

أقول : توضيح المقام أن هنا مسائل ثلاث :ـــ

الاولى : أن يكون النزاع فى المقتضى بأن يدعى المشترى مثلا ثبوت المقتضى للخيار والبايع ينكره ·

المسألة الثانية :أن يتفقا على وجود المقتضى لذلك و لكن يختلفا فى فعلية الخيار بأن يدعى المشترى وجود الخيار بالفعل و البايع ينكر ذلك

المسألة الثالثة : أن يتفقا على المقتضي وعلى فعلية الخيار معاولكن وقع الخلاف فى كون المردود هو المبيع أو غيره و قبل التعرض لحكم المسائل لابدّ و أن يعلم أن هذا البحث غير مختص بخيار العيب، بل يجرى فى جميع الخيارات كالبحث السابق فنقول :

أما المسئلة الاولى : وهى النزاع فى ثبوت المقتضى للخيار وعدمه بأن يرد المشترى سلعة على البايع و يدعى كونها معيوبة و ينكرها البايع ويقول أن هذه السلعة ليست بسلعتى و ان كانت معيوبة و انما سلعتى غيرها و هى غير معيوبة و ليس فيها مقتضى الخيار اصلا فالقول هنا قول البايع فان الاصل عدم كون هذه السلعة سلعة البايع، والاصل عدم كون سلعتها معيوبة و لو كان الاصل هو العدم الازلى كما تقدم ، الاّ أن يقيم المشترى بينة على دعواه هذه المسئلة الاولى ٠

وأما المسئلة الثانية : و هى أن يكون الاختلاف فى فعلية الخيار بان يقبل البايع وجود المقتضى للخيار و لكن ينكر كون السلعة التى يردها المشترى الى البايع سلعة نفسه و قد ذكر فى الايضاح أن الاختلاف فى ذلك فى موضعين :ـ

أحدهما :خيانة المشترى ، فيدعى البايع تعين العين بخيانة المشترى و ما يريد تسليمه الى البايع من السلعة غيرها و المشترى ينكر ذلك ٠

الثانى : أن البايع يدعى أن المشترى اتلف العين والمشترى ينكر ذلك و كأن الفخر حصر وقوع الاختلاف بهذين الموضعين و لم يتصور هنا وجها ثالثا و لكن يمكن أن يتصور هنا وجه آخر و هو أن يكون انكار المشترى مستندا الى الغفلة أو النسيان أو نحو ذلك لا الى الخيانة و الاتلاف كما هو واضح ٠

أما المورد الاول : فذكر فخر المحققين أن البايع اذا ادعى خيانة المشترى والمشترى ينكره فالاصل عدم الخيانة ، فان مقتضى أصالة الصحة هو

أن المشتری لم یخن السلعة و هو صادق فی انکاره ،و ان کان هنا أصول أخری المتعددة و هی أصالة عدم الخیار و عدم حدوث العیب و صحة القبض فان أصالة الصحة من قبیل الامارات فهی واردة علی تلک الاصول التی لیست ناظرة الی الواقع.

و بالجملة قد ادعی الفخر فی المسئلة الثانیة فیما اذا کان الاختلاف فی دعوی الخیانة أن القول قول المشتری، لقیام اصالة الصحة علی عدم صدور الخیانة منه ،و أن بقیة الاصول ساقطة کما لا یخفی .

و قد أورد علیه المصنف بالنقض وحاصله أن مقتضی اجراء اصالة الصحة هنا هو أجرائها فی المسئلة الاولی أیضا أعنی مسئلة الاختلاف فی مقتضی الخیار فان مقتضی ذلک هو ان المشتری لا یکذب فی قوله أن المبیع هو هذا المعیوب فیکون انکار البایع کون المبیع هو هذا دون غیره فی غیر محله مع أنه أی الفخر قدم قول البایع هناك لوجود الاصول المتعددة من أصالة عدم الخیار و عدم حدوث العیب و نحو ذلك ،فان اصالة الصحة کما انها واردة علیها فی المسئلة الثانیة و کذلك واردة علیها فی المسئلة الاولی أیضا فکیف لهم تقدیم قول البایع لأصالة عدم کون مااعطاه المشتری من السلعة سلعته .

و أما حل المطلب :فنقول ان کان المراد من اصالة الصحة هی اصالة الصحة المصطلحة الجاریة فی العقود فهی مما لا ریب فی حجیتها وتقدمها علی سائر الاصول فانها من الأمارات التی قامت السیرة القطعیة ، بل بناء العقلاء علی حجیتها و لکن المقام لیس من مواردها فان حمل فعل المشتری علی الصحة و القول بعدم خیانتها غیر مربوط بصحة العقد، فان مورد هذه الاصل انما هو العقد بعد الفراغ عن تحققه و کون الشك فی شرائطه و من الواضح أن العقد فی المقام تحقق صحیحا و لم یکن فیه شك فی تحقق شرطه

بحيث يلزم من انتفائه بطلانه و لكن النزاع فى أن المشترى صادق فى دعواه أن هذه السلعة سلعة البايع التى فيها عيب أم لا ، و المشترى يدعى ذلك و البايع ينكره و هذا غير مربوط باصالة الصحة المذكورة ٠

و أن كان المراد من أصالة الصحة هى أصالة الصحة الجاريةفى فعل المسلم أعنى حمل فعل المسلم على الصحة بمقتضى قولهم ،ضع فعل اخيك على أحسنه ،و هذا و ان كان جاريا و لكن لا يترتب عليها ما أن هذه التى يدعى المشترى كونها للبايع فان غاية ما يترتب على هذا الاصل أنه لا يكذب و أما انه صادق فى قوله ، فلا أى لا يرتب آثار الكذب على كلامه لا أنه يترتب آثار مقابلة مثلا لو تكلم أحد بكلام و لم ندر أنه سلّم أو سب بأن ترد كلامه بين أنه قال سلام ،أو قال سام ،فمقتضى حمل فعل المسلم على الصحة نحمل كلامه على احسنها أى نقول انه لم يسبّ و أما أنه سلّم بحيث يجب رد سلامه ،فلا و هذا واضح ٠

وأما الصورة الثالثة : فهى أن يقبل البايع ثبوت مقتضى الخيار و ثبوت نفس الخيار فعلا و لكن يقول ان السلعة ليست هذه التى تريد اعطائها لى ،بل غير ذلك ،و المشترى يقول هى هذه ،و ح فللمشترى أن يفسخ العقد و يأخذ الثمن من البايع لأنه أى البايع باعترافه يعترف بالخيار للمشترى و يعترف كون الثمن له على تقدير الفسخ ،و لكن ينكر كون هذه السلعة الموجودة له ،و ح فللمشترى أن يفسخ العقد و يأخذ الثمن لتعلق الفسخ بالعقد و ح يرد السلعة الموجودة الى البايع فانه باعترافه يعترف كونها له و أما غيرها فلا ،بل لابدّ للبايع من اثبات ذلك فان البايع يدعى أمرا و هو ان سلعته غير هذا ،و ان كان متعلقا لخيار الغبن والمشترى ينكر ذلك و المشترى يدعى كون هذه السلعة له و هو ينكر ذلك ،فلابدّ للبايع من اثبات أن سلعته غير هذه ،و لكن هذه الصورة لا تجرى فى خيار العيب حيث ان فى خيار

العيب لا بدّ في الفسخ من رد العين بمقتضى الاخبار المتقدمة الدالة على لزوم رد العين في خيار العيب اذا اراد المشتري الفسخ بخلاف بقية الخيارات، فانه لا يلزم فيها ردّ العين في الفسخ كما هو واضح ·

و بعبارة أخرى اذا اعترف البايع وجود مقتضي الخيار و ثبوته للمشتري بالفعل و لكن انكر كون هذه السلعة التي يريد المشتري ردّها الى البايع سلعة له فانه جاز للمشتري الفسخ فيما اذا لم يكن الخيار خيار عيب، لعدم توقف الفسخ على ردّ العين، بل لا يتوقف على بقاء العين أصلا و أما في خيار الغبن فلا يمكن له الفسخ ، و ان اعترف البايع بوجود الخيار له فعلا ما لم يثبت المشتري أن العين الموجودة بالفعل التي يريد تسليمها الى البايع أنها للبايع·

قوله : و اما الثاني : و هو الاختلاف في المسقط ففيه أيضا مسائل :

الاولى : لو اختلفا في علم المشتري بالعيب و عدمه ، أقول ذكر المصنف (ره) أنه لو اختلفا في علم المشتري بالعيب المسقط للخيار وعدمه قدم منكر العلم فيثبت الخيار هذا لا شبهة فيه ، و لكن يبقى في المقام سؤال الفرق بين هذه المسئلة و بين ما تقدم في خيار الغبن من أنه لو ادعى المشتري الجهل بالغبن والبايع يدعي علمه به قدم قول البايع مع أن من كلتا المسألتين أن المشتري يدعي الجهل والبايع يدعي علمه ، فكيف له أن يحكم في المقام بتقديم قول المشتري دون المسئلة السابقة ·

أقول : وجه الفرق بينهما أن خيار الغبن انما ثبت بالشرط الضمني على ما تقدم و اذا تنازعا في علم المشتري بالغبن و عدمه فانه يرجع الى دعوى اشتراط الخيار للمشتري و عدمه ، فح الاصل عدم الاشتراط، فلا يكون هنا خيار للمشتري، و يكون القول قول البايع·

و أما في المقام ليس كذلك حيث ان خيار العيب انما ثبت بالدليل و

ان كان على وفق القاعدة ، و لكن لا بد من ملاحظة الرواية فهى دلت على أنه أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرء منه و لم ينبه عليه واحدث فيه حدثا فانه يمضى عليه البيع حيث ان العلم بالعيب وان كان طريقا الى الواقع على ما تقدم و الغرض هو سقوط الرد مع انكشاف الواقع لدى المشترى و لكن نفى حصول العلم بالعيب له موضوعية فى سقوط الخيار وأن ثبوت خيار العيب يدور مدار الجهل ، و ح اذا شك فى كون المشترى عالما بالعيب حين العقد وعدمه فالأصل هو عدم كونه عالما فان انكشاف العيب لدى المشترى أمر وجودى يحتاج الى الاحراز و مع عدمه فلا يكون خياره ساقطا كما هو واضح، و هذا هو الفارق بين المسألتين .

قوله الثانية : لو اختلفا فى زواله قبل علم المشترى .

أقول : ذكر المصنف فى النزاع فى زوال العيب القديم و عدمه وجهين :

الاول : تقديم قول مدعى البقاء فيثبت الخيار لأصالة بقائه وعدم زوال المسقط للخيار .

الثانى : تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار لأن سببه أو شرطه العلم به حال وجوده و هو غير ثابت ، فالأصل لزوم العقد وعدم الخيار .

ثم ذكر أن الاقوى هو الاول و ذكر أنه الى هذا نظر العبارة المتقدمة من التذكرة فى سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد ، نومى الى الثانى فراجع .

أقول : أنه لا يترتب اثر على هذا النزاع اذا قلنا بأن نفس وجود العيب فى المبيع موضوع للرد و الأرش فانه على هذا المذهب لا يترتب اثر على الزوال حتى مع العلم بكونه قبل العلم أو بعده فكيف مع الجهل بـه فان موضوع الرد و الأرش على هذا انما هو نفس وجود العيب لا غير ، فاذا اشترى أحد شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرء البايع و لم ينبه المشترى فله أى

المشترى الخيار سواء علم به قبل الزوال أو بعده ،و هذا لا شبهة فيهفان المشترى متمكن من الرد بل الأرش أيضا على المشهور و أيضا لا يترتب اثر على النزاع اذا قلنا بأن زوال العيب مطلقا يكون مانعا على الرد بل الأرش من جهة أن المردود لابدّ و أن يكون معيبا والمفروض عدمه لزوال العيب و بعد زواله ليس هنا معيب حتى يتمكن المشترى من رد المعيب، كما هو واضح ·

نعم ، له أثر اذا قلنا بأن موضوع هذا الخيار انماهو وجدان العيب و ظهوره فانه على هذا يترتب الأثر على هذا النزاع،فانه يقال اذا كان سبب الخيار هو ظهور العيب و وجدان المبيع معيبا فالاصل يتقضى عدم الخيار للشك فى سببه فيكون الاصل مع منكر الخيار·

و بعبارة أخرى ان المشترى يدعى بقاء العيب الى زمان العلم و أنه زالى بعد العلم به ،و البايع ينكر ذلك ،فالأصل عدم ظهوره الى زمان الزوال و لكن مرجع ذلك الى الشك فى ثبوت الخيار لا فى المسقط·

ثم اذا اختلفا فى أن الزائل هو العيب الحادث أو القديم مع الاتفاق على زوال العيب هنا فادعى المشترى أن الزائل هو العيب الحادث، فلا يكون ذلك مانعا عن الرد بناء على أن مجردّ حدوث العيب فى المبيع عند المشترى لا يكون مانعا عن الرد ، بل المانع عن الرد ، انما هو العيب الحادث الموجود حال الرد وعلى هذا فلا اشكال فى عدم جواز الرد ح للشك فى بقاء العيب الحادث و عدمه فنستصحبه و هذا الاستصحاب لا يعارضه أصالة بقاء العيب القديم ،فانه لا يترتب عليه أن الزائل هو الحادث الاّ على القول بالأصل المثبت·

و العجب من المصنف فانه مع ذكره عدم جريان الأصول المثبتة هنا و فى محله قد غفل عن كون هذا الأصل مثبتا و كلما تأملت فى توجيه كلامه

حتى يخرج عن كونه أصل مثبتا ما وجدت شيئا يكون توجيها له هذا ٠

و اذا قلنا ان حدوث الحدث مانع عن الرد مطلقا ، فلا شبهة أنه لا يترتب الأثر على زواله وعدم هذا ما يرجع الى دعوى المشتري ٠

و أما بالنسبة الى دعوى البايع بأن الزائل هو العيب القديم فان قلنا بأن الزوال لا اثر له أصلا وانما العبرة بالحدوث فلا يترتب أيضا أثر على هذا النزاع، فانه سواء زال العيب الحادث أو القديم فمجرد حدوث العيب الحادث يكون مانعا عن الرد بالأرش و كذلك لا يترتب الأثر اذا قلنا بأن زوال العيب يوجب عدم الرد لأن الرد لابد أن يتعلق بالمعيب ، و من الواضح أن العيب القديم قد زال ٠

نعم ، مع ذلك هنا مانع آخر و هو وجود العيب الحادث، و ان كان الغرض أن زوال العيب يوجب عدم الأرش أيضا فالأصل بقائه ولا يعارضه أصالة عدم زوال الحادث فانه لا يثبت به زوال العيب القديم ٠

و بعبارة أخرى أن خيار العيب له اثران ، احدهما : الرد و الاخر : الأرش ٠ فان قلنا بان حدوث العيب مانع من الرد مطلقا فلا اثر للنزاع من هذه الجهة كما أنه اذا قلنا بأن زوال العيب لا اثر له فى الأرش لا معنى للنزاع من هذه الجهة اذا لابد من فرض الكلام فى أن زوال العيب الحادث يوجب الرد فنقول الاصل عدم الزوال ولا يعارض ذلك مع اصالة عدم زوال العيب القديم فانه لا يترتب عليه زوال الحادث حتى يترتب عليه عدم جواز الرد ٠

و أيضا نقول أن زوال العيب القديم يوجب عدم الأرش ومع الشك فيه يحكم بعدم زواله للاستصحاب ولا يعارضه استصحاب بقاء العيب الحادث حتى يكون مانعا من الأرش فانه لا يترتب عليه زوال العيب القديم ليترتب عليه عدم الأرش و على هذا فلا وجه لما ذكره المصنف والتذكرة من عدم جواز الرد و أخذ الأرش ، بل لابد من التفصيل كما فصل الشافعى فيقال بعدم جواز الرد لأصالة عدم زوال العيب الحادث وأيضا نقول بثبوت الأرش

لاصالة عدم زوال العيب القديم و هذا واضح جدا ،اذا فيحلف البايع فيسقط الرد و يحلف المشترى و يأخذ الارش و هذا مراد الشافعی من التحالف ·

قوله الثالثة : لو كان عيب مشاهدا غير المتفق عليه ·

أقول : تحرير الكلام هنا أن النزاع تارة يكون فی تعدد العيب بأن يتفقا على عيب واحد و كان نزاعهما فی وجود عيب آخر فيدعى المشترى وجوده بحيث يكون له الخيار من جهتين أو من جهة العيب الثانی على تقدير اسقاطه الخيار من جهة العيب الأول ·

و أخرى : يكون فی زيادة العيب المتفق عليه ·

و ثالثة : فی أصل الزيادة بحيث يدعى المشترى ذلك ليأخذ الأرش زائدا عن الأرش على العيب المتفق عليه و ان لم يكن بنائه الرد·

أقول : يقع الكلام فی هذه المسئلة فی جهتين : الاولى : فی دعوى المشترى على البايع ،و الثانی : فی دعوى البايع على المشترى·

أما الجهة الاولى : فهی خارجة عن الدعوى فی المسقط بيان ذلك أن غرض المشترى من دعواه وجود العيب الثانی هنا غير العيب الأول أو دعواه أصل الزيادة أو الزيادة التی هی زائدة عن الزيادة التی يدعيها البايع أن يكون له الرد من جهتين أو من جهة العيب الآخر أو الزائد على تقدير اسقاطه الخيار من جهة العيب الأول أو غرضه أخذ الأرش زائدا عن المقدار المتفق عليه على تقدير عدم الرد ،و يقول المشترى أن هذه الامور التی يدعيها موجودة من الأول و قبل العقد غاية الامر قد حصل العلم بها بعد العقد و البايع ينكر ذلك،و ح فالقول قول البايع لأصالة عدم وجود العيب الآخر أو الزائد غير العيب المتفق عليه ،فللمشترى اثبات ذلك ولا شبهة أن هذه الجهة غير مربوط بالمقام فان كلامنا هنا فی المسقط و مرجع ذلك الى

دعوى أصل الخيار أو الأرش فتكون هذه الجهة اجنبية عن المقام .

و أما الجهة الثانية : فهى مركز الكلام هنا و بيان ذلك أن البايع اذا ادعى وجود المسقط فى المقام بشىء من الأمور المتقدمة بأن يدعى أن العيب تعدد فى ملك المشترى أو زاد أو كانت الزياد اكثر مما كانت أولا فنسقط الخيار الثابت بالعيب السابق لرواية زرارة الدالة على سقوط الخيار بحدوث الحدث فانه يكون القول هنا قول المشترى ، مع حلفه فعلى البايع اثبات دعواه ، فيقال ان الأصل عدم حدوث العيب الآخر فى ملك المشترى فيثبت الخيار بالموضوع المركب ، احدهما محرز بالوجدان والاخر بالأصل فان الخيار ثابت على شراء المعيب ، مع عدم احداث الحدث فيه ، فشراء المعيب محرز بالوجدان فعدم احداث الحدث محرز بأصالة عدم حدوثه تحت يد المشترى فلا يعارضه أصالة عدم حدوثه فى ملك البايع ، فانه لا يثبت حدوثه فى ملك المشترى حتى يوجب سقوط الخيار ، بل هو يكون مثبتا بالملازمة العقلية كما هو واضح ، و هذا بخلاف العكس فان الاثر و هو ثبوت الخيار يترتب على عدم حدوث العيب فى ملك المشترى فان المفروض أن الجزء الآخر محرز بالوجدان كما هو واضح .

و على الجملة فان كانت الدعوى راجعا الى المشترى و هو يوجهها الى البايع فالمسئلة خارجة عن محل الكلام وان وجهها البايع الى المشترى فلها مجال واسع فهى مربوطة بالمقام أعنى النزاع فى المسقط .

و من هنا ظهر أن ما ذكره الشهيد فى الدروس من أنه يحلف البايع اذا كان نظره الى الجهة الاولى بحيث يكون المدعى هو المشترى فلما ذكره وجه وجيه الا أنه خارج عن المقام و ان كان غرضه الجهة الثانية فلا وجه له بوجه لما عرفت أن البايع فى الجهة الثانية هو المدعى و اليمين انما يتوجه الى المشترى دون البايع .

ثم ان الشهيد (ره) قد فرق بين النزاع فى كون العيب متعددا وبين النزاع فى زيادة العيب، حيث التزم فى الأول بكون العيب كالمنفرد و أن مرجع ذلك الى النزاع فى سبق العيب على العقد وعدمه فالأصل مع البايع فان الأصل عدم سبق عيب على العقد فيحلف البايع والتزم فى الثانى بأنه اذا ادعى البايع زيادة العيب عند المشترى وانكر المشترى احتمل حلف المشترى، لأن الخيار متيقن و الزيادة موهومة .

و يحتمل حلف البايع اجراء للزيادة مجرى العيب الجديد انتهى كلامه رفع مقامه ، أقول : لا وجه للفرق بين المقامين فان مرجع كليهما الى شيء واحد فلابدّ اما من تقديم قول البايع فى كلا الموردين أو من تقديم قول المشترى فى كلا الموردين .

و توضيح ذلك أنه فيما كان النزاع فى حدوث عيب آخر قد التزم الشهيد بكون الحلف متوجها الى البايع و فى المقام أيضا كذلك فانه اذا كان النزاع فى أصل زيادة العيب بحيث يدعى المشترى ذلك ليأخذ الأرش اكثر أو يرد المبيع لو سقط خيار بالنسبة الى العيب الاول فنقول هنا ان الاصل عدم زيادة العيب فيكون القول قول البايع، فان قيل ان الزيادة على نحو اذا كان العيب موجودا أى العيب الأول كان موجودا مع الزيادة ، فنقول هنا ان مقتضى أصالة عدم الازلى أيضا هو عدم الزيادة ، أى أن العيب اذا وجد، وجد بدون الزيادة ، و مجردا عن هذا الوصف ، فيكون القول أيضا قول البايع فلا مجال لاحتمال حلف المشترى و مع الغض عن جريان الأصل الأول ، و البناء على عدم جريان الأصل فى الاعلام الازلية فمقتضى الاستصحاب الحكمى هو عدم ترتب الأثر على دعوى المشترى فان الاصل انه لا يستحق الأرش أو الرد من ناحية العيب الزائد وعلى هذا فلم يبق وجه لتقديم قول البايع بوجه .

قوله الرابع: لو اختلف فى البرائة٠

أقول : ذكر المصنف(ره) أنه لو وقع الاختلاف فى أن البايع تبرء عن العيب،أم لم يتبرء ،قدم منكر البرائة و هو المشترى غالبا فان الاصل عدم التبرى الحاكم على أصالة اللزوم و لكن ذكر أنه ربما يترائى من مكاتبة جعفر ابن عيسى خلاف ذلك فانه قال :كتبت الى أبى الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فاذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه فاذا اشتراه المشترى و رضيه و لم يبق الآ نقد الثمن ،فربما زهد فيه فاذا زهد فيه ادعى عيوبا و أنه لم يعلم بها فيقول المنادى قد بريت منها ،فيقول المشترى لم اسمع البراءة منها ،أيصدق ،فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدق ،فيجب عليه الثمن ٠ فكتب عليه السلام : أن عليه الثمن ، الخبر ٠

فان المتوهم يتوهم أن الظاهر من هذه المكاتبة هو عدم قبول قول المشترى بل لابد و أن يعطى الثمن للبايع٠

أقول :يرد على هذا التوهم أن هذا الخبر أخّص من مورد الكلام فان المفهوم منه أن المشترى يدعى عدم الدماع صوت الدلال بانى برئت من جميع العيوب فكلامنا فى مطلق البرائة والمشترى ليس له شغل بالبرائة و عدمها ،و انما يقول أنا ما سمعت هذا أولا ٠

و ثانيا : ما ذكره المصنف من توجيه الرواية من أن الحكم بتقديم قول المنادى لجريان العادة بنداء الدلال عند البيع بالبرائة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر الشراء فدعوى المشترى مخالفة للظاهر نظير دعوى الغبن و الغفلة عن القيمة ممن لا يخفى عليه قيمة المبيع،انتهى ٠ و لعل الى هذا التوجيه ينظر كلام صاحب الكفاية من جعل الرواية مؤيدة لقاعدة البينة على المدعى و اليمين على من انكر،بأن يكون مراده عن المدعى هو المشترى لكون قوله مخالفا للظاهر،و المنكر هو البايع لكون قوله موافقا له ٠

و أما ما ذكره صاحب الحدائق من أن المفهوم من مساق الخبر المذكور أن انكار المشترى انما وقع مدالسة لعدم رغبته فى المبيع و الا فهو عالم بتبرى البايع والامام عليه السلام انما الزمه بالثمن من هذه الجهة حيث يعلم أنه مدالس فحكمه عليه السلام من جهة خصوصية المورد ،و فيه أن مراد السائل ليس هو السؤال عن حكم العالم بالتبرى المنكر له فيما بينه و بين الله ،بل الظاهر من سياق السئوال هو استعلام من يقدم قوله فى ظاهر الشرع من البايع أو المشترى بحسب المحاكمة الشرعية على أن حكم العالم بالتبرى المنكر له معلوم لكل أحد و من هنا السئوال السائل بقوله ايصدق ،الخ ٠

و أما ما ذكره الاردبيلى من أنه لا يلتفت الى هذا الخبر لكونه ضعيفا فهو متين جدا ،فلا يتوجه الى عدم التفاوت المصنف اليه و كذا لا وجه لما ذكره السيد فى الحاشية من أن هذا الخبر مورد العمل فى غير هذا المقام لم نعرف له وجها فانه لو كان الخبر شاملا لمضمون آخر غير هذا المضمون و كان منجبرا بعمل المشهور لذلك أو بقرينة آخر بنا على انجبار ضعف الخبر بشىء فلاربط له بالمقام فان انجبار مقدار من الخبر لا يرتبط بالمقدار الآخر كما هو واضح٠

ثم انه ذكر المصنف أنه بقى هنا اشكال آخر فى الخبر و هو أن براءة المنادى من العيوب لا يجدى فى سقوط خيار العيب ،بل لا بدّ من اعتباره فى المتن العقد ٠

و فيه أنك قد عرفت سابقا أن مقتضى بناء العقلاء هو اعتبار وصف الصحة فى المبيع بحيث يشترط المشترى على البايع أن يكون المبيع صحيحا و مع التخلف يثبت الخيار للمشترى و من الواضح أن هذا الاشتراط انما هو فى مورد لم تقم قرينة على عدم الاشتراط سواء كان قيام ذلك قبل العقد أو بعده و عليه فاذا تبرء البايع من العيب و لم يكن هذا التبرى فى ضمن العقد يكون تبريه هذا رفعا لالتزامه و قرينة على أنه لم يشترط فى ضمن العقد ، هذا

الالتزام كما هو واضح وعليه فلا يرد أن التبرى حيث لم يكن فى ضمن العقد فلا يكون مفيدا فافهم ·

قوله الخامسة : لو ادعى البايع·

أقول :ذكر المصنف أنه لو ادعى البايع رضى المشترى به بعد العلم أو اسقاط الخيار أو تصرّفه فيه أو حدوث عيب عنده حلف المشترى لاصالة عدم هذه الامور ثم ذكر أنه لو وجد فى المعيب عيب الخ ،وقد تقدم هذه المسئلة منه وذكر كلام الشافعى هناك كما اشار اليه السيد فى حاشيته فلا وجه للتكرار·

قوله :و أما الثالث:ففيه مسائل الأولى لو اختلفا فى الفسخ فان كان الخيار باقيا فله انشائه·

اقول : لو وقع الاختلاف بين البايع و المشترى فى الفسخ و عدمه فتارة يقع ذلك قبل مضى زمان الخيار و أخرى بعده·

و أما الكلام فى الجهة الاولى بأن يدعى المشترى تحقق الفسخ منه قبل أن ينقضى زمان الخيار و قبل طرو المسقط و البايع ينكره فتارة ينشىء المشترى الفسخ ثانيا وأخرى لا ينشىء ذلك ،فعلى الاول لا شبهة فى تحقق الفسخ جزما للعلم الوجدانى بأنه اما حصل الفسخ بالانشاء الاول أو الثانى فيكون القول قول المشترى و دعوى أن الفسخ الثانى لا تأثير له على زعم المشترى،فانه يدعى الفسخ الاول ،جزافية حيث ان الفسخ الثانى يكون مؤثرا على زعم البايع المنكر للفسخ أولا هذا اذا انشأ المشترى الفسخ ثانيا و أما اذا لم ينشأ الفسخ ثانيا فهل يمكن له اثبات الفسخ الاول والحكم بانفساخ العقد أم لا،الظاهر هو امكان ذلك بوجهين :ـــ

الاول : من جهة القاعدة المعروفة أن من ملك شيئا ملك الاقرار به ، بحيث ان المشترى مالك للفسخ فهو مالك للاقرار به أيضا ، و هذه القاعدة

و ان لم نرد من الروايات و لكن قد تسالموا عليها فان ذلك أمر وجدانى و عقلائي و ضرورى ،فان المالك لشيء مالك لجميع شؤونه كما هو واضح ،ونظير ذلك ما اذا اقرّ الزوج بطلاق زوجته فانه يسمع اقراره بذلك وان نكرتها لزوجة فان الزوج مالك للطلاق فيكون مالكا للاقرار به ايضا ·

الوجه الثانى : أن يكون دعوى المشترى الفسخ و اخباره عن ذلك بنفسه فسخا للعقد و توضيح ذلك أن الاخبار وان كان غير الانشاء و أن كلا منهما يبائن الآخر و لكن المشترى اذا اخبر عن فسخه للعقد فاخباره هذا يدل بالملازمة على كونه راضيا بالفسخ و من الواضح أن الفسخ ليس الا الرضا بانفساخ العقد واظهاره بمظهر فى الخارج و اخبار المشترى بالملازمة تكشف عن رضاه بالفسخ ،فيكون اخباره عن الفسخ بنفسه مصداقا للفسخ بهذا المعنى ،لا أن الاخبار بنفسه انشاء ،بل كما عرفت فيه جهتان و دلالتان ، دلالة مطابقية و دلالة التزامية ،فالاخبار بالدلالة الالتزامية انشاء ومصداق للكشف كما عرفت ،و لعل هذا هو مراد الشهيد من دعواه كون اخبار المشترى عن الفسخ بنفسه مصداقا للفسخ ،و الاّ فالشهيد لا يدعى عن أن الاخبار انشاء و نظير ذلك ما اذا أخبر الزوج عن رجوعه سابقا الى الزوجة فأن اخباره هذا يدل بالملازمة على تحقق الرجوع بالفعل و ان هذا الاخبار يكشف عن الرضا الفعلى بالرجوع كما هو واضح ·

و قد ورد فى بعض الاخبار أن من أخبر بعتق مملوكه ثم جاء العبد يدعى النفقة على ايتام الرجل و أنه رق لهم ، فالوجه فى ذلك هو أن دعواه النفقة على الايتام بالملازمة تدل على كونه رقا لهم كما هو واضح ·

و على الجملة اذا اختلفا البايع و المشترى فى الفسخ و عدمه قبل مضى زمان الخيار فيكون القول قول المشترى سواء انشاء المشترى الفسخ ثانيا أم لم ينشيء كما عرفت·

و أما اذا كان الاختلاف بعد مضى زمان الخيار بأن ادعى المشترى الفسخ قبل تلف العين و البايع ينكر ذلك، و ح فالقول قول البايع وللمشترى اثبات ذلك من بيّنة و نحوها ، فعلى هذا فان ادعى المشترى علم البايع بالفسخ ، و أنه يعلم به فيتوجه الحلف على البايع و وجب عليه أن يحلف على عدم علمه بالفسخ لا على نفى الفسح واقعا فانه فعل المشترى فيمكن ان يقع بغير اطلاع قبل البايع كما هو واضح و اذن فالحلف من البايع انما هو على عدم علمه بفسخ المشترى لا على نفى الواقع و أما اذا انعكس الامر بأن ادعى البايع الفسخ ليأخذ مثل العين لترقى القيمة و ادعى المشترى عدمه فح يتوجه الحلف الى المشترى دون البايع و لكن لا بدّ له أى للمشترى أن يحلف على نفى الفسخ واقعا ، فانه فعل المشترى فهو عالم بفعله واقعا فاذا حلف فلابدّ و أن يحلف على نفى الفسح واقعا .

ثم انه اذا لم يقدر المشترى على اثبات الفسخ اما لعدم دعواه علم البايع به و عدم اقامة البينة على مدعاه أو من جهة أنه مع دعواه علم البايع بذلك فحلف البايع على عدم علمه بالفسخ ، فهل للمشترى مطالبة الأرش أم لا فذكر المصنف فيه وجهين : الاول : ثبوته لئلا يخرج من الحقين . الثانى : عدم ثبوته لاقراره بالفسخ و زاد فى الدروس انه يحتمل أن يأخذ أقل الامرين من الأرش و مازاد على القيمة من الثمن ان اتفق لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن و رد القيمة فيقع التقاص فى القيمة و يبقى قدر الأرش مستحقا على التقديرين .

و الوجه : فيما أفاده الشهيد (ره) هو أن الثمن اذا كان زائدا على القيمة بمقدار التفاوت ما بين المعيب و الصحيح فيأخذ المشترى ذلك التفاوت و ان كان الأرش زائدا عنه ، فيأخذ التفاوت ما بين المعيب و الصحيح و ان كان التفاوت زائدا عن الأرش فيأخذ الأرش لانه هو القدر المتيقن و

هذا الذی افاده الشهید له وجه اذا کان المشتری یطالب الأرش فانه یلتزم البایع علی الأرش علی زعمه و حیث لم یکن الأرش ثابتا بزعم المشتری بل التفاوت فیجبر البایع علی اعطاء أقل الأمرین من التفاوت أو زیادة الثمن و أما اذا لم یطالب الأرش فلا وجه لذلك لما عرفت، أن الأرش انما یثبت بالمطالبة لا بمجرد العقد ، و الاّ لکان البایع مشغول الذمة به علی تقدیر عدم الاعطاء و أیضا کان له أن یرد مقدارا من الثمن لا أن یعطی من کل ما یرید کما هو واضح ٠

قوله الثانیة : لو اختلفا فی تأخیر الفسح فی أول الوقت بناء علی فوریة الخیار ٠

أقول : ذکر المصنف أنه لو وقع الاختلاف فی تأخر الفسح عن زمان الخیار بأن یکون الفسح بعد تلف العین أو کونه فی زمان الخیار ، ذکر أنه فی تقدیم مدعی التأخیر لاصالة بقاء العقد وعدم حدوث الفسح فی أول الزمان أو مدعی عدمه لاصالة صحة الفسخ وجهان :ـ

و هذا الذی ذکره المصنف لا یخلو عن المسامحة فانه جمع فی کلامه بین الأصل الموضوعی و هو عدم کون الفسح فی زمان الخیار والاصل الحکمی و هو بقاء العقد أی الملکیة حیث ان المصنف عطف الثانی علی الاول فان الاستصحاب الحکمی و ان کان یترتب علیه الأثر بناء علی جریانه ومع الغض عما بیننا علیه فی الاصول من عدم جریان الاستصحاب فی الشبهات الحکمیة الاّ أنه لا مجال له بعد جریان الاستصحاب الموضوعی ٠

ثم ذکر المصنف أنه لو کان منشأ النزاع الاختلاف فی زمان وقوع العقد مع الاتفاق علی زمان الفسح ففی الحکم بتأخر العقد لتصحیح الفسح ،وجه یضعف بأن أصالة تأخر العقد الراجعة حقیقة الی أصالة عدم تقدمه علی الزمان المشکوك وقوعه فیه لا یثبت وقوع الفسخ فی أول الزمان ثم ذکر وهذه

المسئلة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع فى عدة المطلقة وادعت هى تأخرها .

أقول : هذه المسئلة سيالة فى غير هذا المورد مما كان هناك حادثان ، و يشك فى تأخر احدهما و تقدم الآخر و بالعكس مثلا لو شك فى أن التفرق فى خيار المجلس انه وقع بعد الفسخ أو قبله أو الفسخ فى حيار الحيوان أنه وقع قبل ثلاثة أيام أو بعده ، و هكذا اذا شك فى أن القبض فى الصرف و السلم وقع قبل التفرق أو بعده و هكذا أو وقع الشك فى أن الصلاة وقعت قبل الحدث ليحكم بصحتها أو بعده ليحكم ببطلانها مع العلم بكون المصلى مطهرا و هذا المثال فيما لم يكن مورد لقاعدة الفراغ من جهة انتفاء شرط من شروطها ككونه غافلا فى حال الصلاة بحيث يكون استصحاب الطهارة جارية و أما مع فرض جريان قاعدة الفراغ فلا موضوع للشك فى صحة الصلاة و الاحتياج الى الاستصحاب كما هو واضح .

و من هذا القبيل أيضا ماذكره المصنف من وقوع الرجوع فى العدة الرجعية قبل انقضاء العدة أو بعدها و كذلك اذا وقع الشك فى أن بيع الراهن العين المرهونة هل وقع قبل رجوع المرتهن عن الاذن أو بعده ففى هذه الموارد كلها يجرى ما ذكره المصنف من أن الأصل عدم كون الفسخ واقعا فى زمان الخيار فيترتب عليه بطلان الفسخ و أن الأصل عدم وقوع الرجوع فى زمان العدة فيترتب عليه بينونة الزوجة و أن الاصل عدم وقوع بيع الراهن قبل رجوع المرتهن فيترتب عليه بطلان البيع و أن الأصل عدم وقوع الفسخ فى زمان المجلس و فى ثلاثة أيام فيترتب عليه عدم تأثير الفسخ و أن الاصل عدم وقوع الصلاة فى حال الطهارة فيترتب عليه بطلان الصلاة وهكذا .

و ذكر بعضهم أن الاصل هنا يقتضى عكس ما ذكره المصنف و أنه لابدّ من الحكم بتأثير الفسخ و صحة بيع المرتهن و صحة الصلاة لا من جهة ما ذكره المصنف من اجراء أصالة الصحة هنا فى الفسخ لجريان المناقشة فى

هذه القاعدة كما أشار اليه السيّد فی الحاشية و ذكرناه مرار، بل من جهة أن الموضوع المركب اذا احرز أحد الجزئی بالاصل و الآخر بالوجدان يترتب عليه الأثر و القضية فی الموارد المذكورة كذلك حيث أن الفسخ مثلا محرز بالوجدان و زمان الخيار محرز بالاصل، و ح فيترتب عليه الأثر و هو كون الفسخ فی زمان الخيار و كذلك ان الصلاة متحققة وجدانا و الطهارة محرزة بالأصل و هكذا ان البيع محرز بالوجدان و اذن المرتهن محرز بالاصل و هكذا بقية الموارد و اذن فيترتب الأثر علی الفسخ فی المقام و كذا فی نظائره ٠

و دعوی أن الأصل يعارضه أصل آخر هنا و هو أصالة عدم الفسخ الی ما بعد الانقضاء أو المسقط فاسدة حيث ان أصالة عدم تحقق الفسخ الی ما بعد الانقضاء لا يثبت كون الفسخ بعد زمان الخيار الذی هو مورد للاثر الاّ علی القول بالاصل المثبت الذی اثبتنا فی الاصول عدم جريانه كما هو واضح ٠

لا يقال انه لا مدفع لمعارضة الاصلين المذكورين و لا تصل النوبة الی دفع الأصل المعارض بكونه مثبتا لا يترتب الأثر عليه و ذلك لأن أصالة عدم تحقق الفسخ المقيد بكونه فی زمان الخيار يرفع الموضوع المركب و لا يترتب عليه الأثر و كذلك أصالة عدم وقوع الصلاة مع الطهارة و أصالة عدم وقوع البيع مع اجازة المرتهن و أصالة عدم كون رجوع الزوج فی حال العدة الرجعية و هكذا ٠

فانه يقال ان هذا الكلام له وجه اذا كان الموضوع هو الأمر الوجودی أعنی عنوان الاقتران أو عنوان التقيد فانه ينفی هذا العنوان الوجودی بالاصل المذكور و يقال ان الاصل عدم التقيد و عدم الاقتران و ح لا يترتب الأثر عليه و لكن الأمر ليس كذلك حيث ان الموضوع فی الموارد المذكورة انما

هو ذوات الاجزاء أى الفسخ و كونه فى زمان العقد و أما عنوان الاجتماع ، أو الاقتران ،أو التقيد ، فليس موضوعا للحكم أصلا ٠

و عليه فلا شبهة أن ذوات الاجزاء بعضها محرز بالوجدان و بعضها محرز بالأصل و بحكم الشارع و هذا الأصل المذكور لا يكون معارضا لما ذكر من جريان الأصل فى الموضوع المركب (على أن ما ذكره المستشكل من جريان الأصل فى نفى عنوان الاقتران والاجتماع انما هو خلف الفرض حيث ان المفروض جريانه فى المركب و ما ذكره اجراء له فى العنوان البسيط كما هو واضح مقرر) ٠

أقول : الظاهر هو التفصيل بين ما ذكره المصنف و بين ما ذكره هذا القائل ٠

و توضيح ذلك أنه ان كان الشك فى السعة و الضيق فى المستصحب فالامر كما ذكره هذا القائل ،و ان كانت السعة و الضيق محرزين وكان الشك من جهة أخرى فالامر كما ذكره المصنف و بيان ذلك أنه اذا علم بعد الصلاة بأنه احدث حدثا بعد الطهارة و لكن لا يدرى أنه وقع بعد الصلاة أو قبلها فان مرجع ذلك الى الشك فى سعة الطهارة حتى الى ما بعد الصلاة و ضيقها و كونها قبل الصلاة فقط، و ح نقول ان الصلاة متحققة وجدانا و الطهارة نستصحبها الى آخر الصلاة و يحكم بصحتها و وقوعها فى حال الطهارة وجدانا اذ الصلاة واقعة وجدانا و الطهارة ثابتة الى آخر الصلاة بحكم الشارع، فتكون الصلاة واقعة فى حال الطهارة وجدانا كما هو واضح ٠

و هذا نظير ما اذا شك فى بقاء الطهارة فاستصحب و ابقاها و صلى بذلك فهل يتوهّم أحد بطلان ذلك الصلاة و كذلك فى المقام؟ و لا معنى لمعارضة هذا الأصل باصالة عدم وقوع الصلاة فى حال الطهارة كما عرفت اذ المراد من ذلك الاصل هو الأصل الجارى فى الجزء و هو عدم

وقوع الصلاة الى انقضاء الطهارة و قد عرفت أنه مثبت و ان كان المراد من ذلك الأصل هو المجموع المركب أى الصلاة المقيدة بالطهارة مثلا فقد عرفت أنه لا يجرى فى المجموع المركب من جهة عدم كون المجموع بعنوان المجموع موضوعا للحكم كما هو واضح ·

و الحاصل : أن الكلام كان فى الاختلاف فى فورية الخيار و عدمها ، و قد ذكر المصنف أنه لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت بناء على فورية الخيار ففى تقديم مدعى التأخير لأصالة بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ فى أول الزمان أو مدعى عدمه لأصالة الصحة ، وجهان :ـ

أقول : قد عرفت أن هذا البحث سيال و ليس مخصوصا بالمقام ، بل يجرى فى كل حادثين فى زمان واحد يشك فى تقدم أحدهما على الآخر و عدمه كموت المورث و اسلام الوارث و كبيع الراهن و رجوع المرتهن عن اذنه و كالفسخ والتفرق فى خيار المجلس ، بل يجرى فى متعلقات التكاليف أيضا كالصلاة و الطهارة و نحوهما و يجرى كلام المصنف فى جميع ذلك من ان الأصل عدم تحقق الفسخ فى زمان الخيار و أن الأصل عدم وجود الصلاة فى حال الطهارة و هكذا وقد عرفت أنه ذكر بعضهم عكس ذلك و التزم بان الموضوع فى أمثال الموارد مركب من جزئين ، أحدهما ثابت بالأصل و الآخر ثابت بالوجدان ، فيترتب عليه الاثر و لا يكون أصالة عدم وقوع الفسخ مثلا فى زمان الخيار معارضا لذلك الأصل لأن الموضوع هو ذات الجزئين وكونهما فى زمان واحد ·

و أما عنوان التقيد فليس موضوعا للحكم حتى ينفى بالأصل فراجع الى ما ذكرناه مفصلا قبل هذا ·

و التحقيق هو التفصيل فى المقام و القول بجريان الأصل فى بعض الموارد و بعدم جريانه فى بعض الموارد الآخر أصلا فضل عن المعارضة و

توضيح ذلك أن موضوع الحكم فى الحادثين قد يكون زمانيين بذاتهما من غير أن يلاحظ اجتماعهما و تقيد أحد الحادثين بالآخر و قد يكون موضوع الحكم هو ذات الزمان و الزمانى من غير تقيد أحدهما أيضا بالآخر، و قد يكون هذه الصورة ايضا مقيدا أحدهما بالآخر بحيث يكون موضوع الحكم هو وقوع الحادث فى ذلك الزمان.

أما الصورة الأولى : فلا شبهة فى جريان الأصل فى أحد الجزئين اذا احرز الجزء الآخر بالوجدان و يترتب عليه الأثر و المقام من هذا القبيل حيث ان موضوع الحكم انما هو ذات الفسخ و ذات الخيار بحيث يكون هذان الجزآن مجتمعين من غير أن يكون عنوان الاجتماع قيدا للموضوع وانما الموضوع هو نفس الاجزاء و لا يستفاد من الأدلة الا أن الفسخ فى زمان الخيار يؤثر أما أن الزمان أيضا دخيل فى الحكم، و اما فلا، بل الموضوع الحكم انما هما الجزءان زمانيان و هو الفسخ و الخيار و انهما بذاتهما مركبا موضوع للحكم و كذلك الصلاة و الطهارة فان الصحة مترتبة على الصلاة الواقعة مع الطهارة من غير أن يكون زمان الطهارة دخيلا فى موضوع الحكم، فان مثل ذلك فأحد الجزئين اذا كان محرزا بالوجدان و الجزء الآخر بالأصل يترتب عليه الحكم فان اللازم انما كون المصلى متطهرا و من الواضح أن الصلاة قد تحققت جزما و وجدانا فلا معنى لاجراء الأصل فيها و القول بأنها لم تتحقق و الجزء الآخر أعنى الطهارة فقد أحرزها بالأصل فيكون المصلى متطهرا بالتعبد و يكون وقوع الصلاة فى حال الطهارة أيضا وجدانيا غايته فى الطهارة التعبدية كما هو واضح و لا دليل هنا يقتضى لزوم وقوع الصلاة فى زمان الطهارة حتى يقال ان هذا القيد انما ينفى بالأصل فيكون الاصلان معارضين و لا يبعد أن يكون خيار المجلس أيضا من هذا القبيل و أن الزمان غير دخيل فى ثبوت الحكم و انما الموضوع هو ذات المجلس و الفسخ

و اقتران نفس ذاتهما من غير أن يكون وقوع الفسخ فی المجلس موضوعا للحكم ، بل هو أمر انتزاعی من تحقق هذين الجزئين فاذا شك فی أن الفسخ هل وقع قبل التفرق أو بعده فنقول أن ذات الفسح قد تحقق وجدانا وعدم التفرق أعنی الاستصحاب العدمی أو نفس المجلس اعنی الاستصحاب الوجودی نثبته بالأصل فيترتب عليه الأثر و هو تأثير الفسح فی هدم العقد ·

و اما كون الفسخ واقعا فی زمان المجلس فلم يثبت ذلك من الدليل بوجه و من هذا القبيل أيضا بيع الراهن مع رجوع المرتهن و الشك فی أن الرجوع وقع قبل البيع أم بعده ، فان ما هو موضوع الحكم؟ هو وجود الاذن و تحقق البيع و أن نفس اجتماع ذات هذين الامرين موضوع للحكم ·

و أما وقوع البيع فی زمان الاذن فليس موضوع للحكم ولا يظهر من الأدلة مدخلية الزمان فی ذلك و من هذا القبيل ما تقدم من الصلاة و الطهارة المتيقنة مع الشك فی أن الحدث هل وقع قبل الصلاة أم بعدها كيف فهی مثل الطهارة المشكوكة المسبوقة بالطهارة المتيقنة فانه اذا ابقاها المكلف و صلی بها فهل يتوّهم أحد أن الأصل عدم وقوع الصلاة فی حال الطهارة و من الواضح أنه لا فرق بين هذا و بين المقام ·

و الحاصل : أن فی كل مورد حدث حادثان و شك فی تقدم أحدهما علی الآخر وعدمه و لم يكن الزمان دخيلا فی موضوع الحكم ، بل كان الموضوع ذات الجزءان الذان يجتمعان و يقترنان من غير كون التقارن أيضا دخيلا فی الموضوع امكن اثبات الحكم لترتبه علی موضوع مركب قد حصل أحدهما بالوجدان و الآخر بالتعبد ، و لا يمكن نفی وقوع أحدهما فی زمان تحقق الآخر بالأصل لأن التحقق وجدانی لأن تحقق الجزء الوجدانی فی حال تحقق الآخر بالتعبد وجدانی ، و عنوان وقوعه فی زمان الآخر ليس موضوعا للحكم ، بل هو أمر انتزاعی كما هو واضح لا يخفی ·

و أما اذا كان أحد الجزئين زمانيا و الاخر زمانا من غير اعتبار وقوع الجزء الزمانى فى الزمان فى موضوع الحكم فانه أيضا يترتب الحكم على الموضوع المركب الثابت أحد جزئيه بالوجدان و الآخر بالأصل لأن ما هو موضوع الحكم تحقق الزمان و الزمانى معا و اجتماعهما بذاتهما ٠

و أما عنوان وقوع الزمانى فى الزمان أو الطرفة أو غير ذلك فليس بموضوع للحكم اصلا و هذا كخيار الحيوان فانه اذا فسخ المشترى العقد و وقع الخلاف فى أنه هل وقع الفسخ فى ضمن الثلاثة أو بعدها فانه يحكم بكونه فى ضمنى الثلاثة و ذلك لأن موضوع الحكم انما هو الفسخ فى ضمنى الثلاثة و قبل تمامها و من المعلوم أن الفسخ قد تحقق وجدانا و عدم انقضاء الثلاثة أو بقاء هذا الزمان محرز بالأصل فيتم الموضوع المركب أحد الجزئين بالأصل و الأخر بالوجدان و على هذا فلا معنى لنفى وقوع الفسخ فى الثلاثة بالأصل لعدم كون ذلك موضوعا للحكم و انما الموضوع ذات هذان الجزئين وقد عرفت أن احدهما محرز بالأصل و الآخر بالوجدان ، فكما أن الفسخ وجدانى وكونه فى الثلاثة أيضا وجدانى و ان كانت الثلاثة ثابتة بالتعبد وليس هنا عنوان وقوع الفسخ فى الثلاثة موضوعا للحكم حتى ينفى بالأصل بل ذات الفسخ قبل تمام الثلاثة ٠

و قد عرفت أن ذات الفسخ فى الثلاثة وجدانية و من هذا القبيل أيضا الصلاة و الصوم على ما ذكرناهما فى محلهما فان الظاهر من الاخبار و من قوله تعالى (أقم الصلاة لدلوك الشمس الى غسق الليل) وكذا فى قوله تعالى (ثم أتم الصيام الى الليل) هو أن الامساك انما هو لابدّ و أن يكون قبل الليل و الصلاة انما هى اداء قبل خروج النهار و أن الظاهر من قوله تعالى (كلوا و اشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود) ، هو أن الأكل لابدّ و أن يكون قبل ذلك و هذا هو موضوع الحكم فاذا أمسكنا

و صلينا أو اكلنا فى شهر رمضان و شككنا فى أن النهار باق حتى لا يجوز الافطار أوتكون الصلاة أداءة أم لا ، أو الاكل وقع قبل الفجر أم لا ؟ فانه لا شبهة أن الصلاة واقعة وجدانا و كذلك الامساك و الاكل و بقاء الليل أو النهار نثبته بالاستصحاب الوجودى بأن يقال الأصل بقاء الليل أو النهار أو بالاستصحاب العدمى و يقال الأصل عدم بقاء النهار أو الليل عليتم الموضوع المركب فيترتب عليه الحكم و أما عنوان وقوع الصلاة فى النهار أو الامساك كك فليس موضوعا للحكم حتى ينفى بالأصل و يكون هذا الاصل معارضا بالأصل الذى يثبت الموضوع هذا أيضا واضح و من هذا القبيل أيضا رجوع الزوج مع الشك فى أنه وقع فى العدة أم لا .

و أما القسم الثالث: و هو أن يكون الموضوع هو الحادثان و كان احدهما زمانا و الآخر زمانيا مع اشتراط وقوع الزمانى فى الزمان فانه ح لا يجرى هنا أصلا ، لا أنه يجرى و يكون معارضا مع الأصل الجارى فى استصحاب نفس الزمان و ذلك لأن استصحاب الزمان لا يثبت وقوع الحادث فى الزمان المستصحاب الأعلى القول بالأصل المثبت.

و على الجملة فالأصل فى الشق الثالث ليس بجار فى نفسه لعدم ترتب الأثر عليه لا أنه يجرى و يكون معارضا باصالة عدم وقوع الحادث فى ذلك الزمان المستصحب فافهم .

و قد ذكرنا فى تنبيهات الاستصحاب فى تنبيه جريان الاستصحاب فى الزمان و الزمانى ما ينفعك هنا فراجع، و من هنا يظهر أنه لو شك فى بقاء وفت الخيار ابتداء و عدم بقائه فاستصحب ذوالخيار و فسخ كان فسخه ماضيا و ليس لأحد أن يقول أن الأصل عدم وقوع الفسخ كما هو واضح .

و من التضح أيضا أنه لا فرق بين كون الحادثين مجهولى التاريخ و بين كونهما معلومى التاريخ ، كما هو واضح ، و أما اثبات الحكم بالصحة

باصالة الصحة كما ذكرهالمصنف وجها فى المقام فهو أيضا ضعيفة ٠

و الوجه فيه أن أصالة الصحة فى فعل الغير لا دليل عليهامطلقا اذ الدليل انما هو فيما اذا كان من العقود فانه قامت السيرة القطعية على جريانها فيها و أما فى غيرها فلا دليل عليها ،و أما القول بها لقوله عليه السلام ضع فعل اخيك على احسنة ٠ فقد ذكرنا مرارا أن معناه أن ماصدر عن المسلم فكان له وجهان :وجه صلاح و وجه فساد ، ضعه على الصلاح و لا تعامل معه معاملة الفاسق لا أنه يترتب عليه آثار الصدق أيضا كما هو واضح ،فافهم و أيضا ان مورد اصالة الصحة هنا مشكوك٠

قوله : لو ادعى المشترى الجهل بالخيار ٠

أقول : ذكر المصنف أنه لو ادعى المشترى الجهل بالخيار أو بفوريته بناء على فوريته سمع قوله ان احتمل فى حقه الجهل للأصل ثم ذكرالتفصيل بين الجهل بالخيار فلا يعذر الّا نشاء فى بلد لا يعرفون الاحكامولوادعى الجهل بالفورية فيعذر مطلقا لأنه مما يخفى على العامة ٠

أقول : قد يقال انه لا وجه لتقييد الفورية بالعلم بالفورية بحيث يكون مدعى ذلك معذورا و ذلك لانه يعقل أن يكون العلم بالحكم مأخوذا فى موضوعه ٠

فهل يتوّهم أحد أنه لو ادعى أحد أن خيار الحيوان مقيد بعلم من له الخيار بزمانه و كذا خيار المجلس ،بل الخيار انما ثبت بالادلة الدالة على أن الخيار انما ثبت فى ذلك الزمان فاذا انقض ذلك الزمان لا يكون له الخيار ٠

و دعوى أن خيار العيب انما يثبت بظهور العيب فلا مانع أن يكون فوريته مقيدة بعلم من له الخيار قياس مع الفارق حيث انموضوع خيارالعيب مقيّد بظهور العيب كما فى رواية زرارة ثم علم به أى بالعيب،و هذا بخلاف

المقام، فان العلم يكون قيدا للحكم فيكون الحكم ثابتا فى حق من هو عالم بالعيب كما هو واضح ·

و لكن الظاهر أن ما افاده المصنف صحيح متين و ذلك لأن دعوى فورية الخيار لا يتوقف على تقييد فورية الخيار بالعلم بالفورية و ذلك من جهة أن المدعى لا يدعى ذلك، بل يقول (على ما تقدم سابقا و ان ناقشنا فيه) أن خيار العيب أبدى و لكن التأخير مع العلم به يكشف عن رضاء ذى الخيار بالعقد فيكون موجبا للاسقاط، فالمرجع فى ذلك الى دعوا المسقط لا أن المقتض للخيار قاصر، بل المقتضى قضى ذلك الى الأبد و لكن التأخير و عدم الفسخ عن عمل يكشف عن الرضا المسقط. و عليه يكون فوريا و على هذا فاذا لم يعلم به الاّ بعد مدة كان الخيار ثابتا فى حقه على هذا المبنى أيضا وان ناقشنا فيه سابقا، فاذا علم بالفورية مع علمه بالخيار يكون له الخيار حين العلم به و اذا أخر عن ذلك يكون ذلك موجبا للاسقاط كما هو واضح

القول فى ماهية العيب

قوله : القول فى ماهية العيب، و ذكر بعض افراده ·

أقول : حيث ان لفظ العيب و العوار قد ورد فى أخبار خيار العيب فقد تصدى الفقهاء رضوان الله عليهم لبيان ذلك فقد ذكر فى الصحاح على ما حكى عنه أن العوار هو العيب ·

و أما العيب: فذكر المصنف أن الظاهر من اللغة و العرف أنه النقص عن مرتبة الصحة المتوسطة بينه و بين الكمال، ثم ذكر أن الصحة ما يقتضيه أصل الماهية المشتركة لو خلى و طبعه والعيب و الكمال يلحقان له لأمر خارج عنه ·

ثم ذكر أن الميزان في معرفة مقتضى حقيقة الشيء هو أن حقيقة هذا الشيء قد تعرف من الخارج كما يعرف أن مقتضى حقيقة الحيوان والانسان أن يكون بصيرا فالعمى عيب فيهما، ولا بدّ أن يكونا سميعا و الخرس عيب فيهما، و هكذا و يعلم من الخارج أيضا أن الكتابة كمال في الانسان وليس مقتضى الطبيعة الاولية كونه كاتبا أو ذي صنعة كما هوواضح، وكذلك الطبخ في الامة فانه من الاوصاف الكمالية فلا يكون فقدانها عيبا فيهم .

و قد يعلم مقتضى حقيقة الشيء بلاحظة غلبة الافراد بحيث اذ الوحظ في الخارج أغلب افراد الانسان نجدهم على هذا الوصف، ونكشف منذلك أن مقتضى الطبيعة الاصلية هو كون الانسان على هذا الوصف وكذا الحال في غير الانسان و أما كون الافراد النادرة على خلاف هذا الوصف فهو لا يقتضي أن يكون على طبق مقتضى الطبيعة الاولية، بل هو عيب في تلك الأفراد النادرة و أن تخلف الوصف الموجود في غالب الافراد من الافراد النادرة لعارض فيكون عيبا و الوجه استكشاف العيب من ذلك الغلبة مع أنه لا يكون الجزئي كاشفا عن حال جزئي آخر هو أن ملاحظة الاغلب و وجدانه على وصف خاص كاشف عن اتصاف القدر المشترك بذلك الوصف ، فيستدل من الأغلب الى القدر المشترك و يحكم به على كون كل فرد كذلك بحسب الطبيعة الاولية .

و من هنا ظهر أن مقتضى الخلقة الاصلية قد يكون على خلاف ما يقتضيه طبع الشيء أولا و توضيح ذلك أن طبع الشيء قد يكون مقتضيا لكونه على وصف خاص بحسب خلقته الاصلية و لكن تعرضها طبيعة ثانية غلبة فيقتضي حالة على خلاف تلك الحالة الاولية فيكون المدار على الطبيعة الثانوية فيكون المناط في كون فقدان وصف عيبا أو غير عيب بحسب تلك الحالة الثانوية و قد مثل المصنف لذلك بالضيعة فانها بحسب طبيعتها الاولية يقتضي أن لا

يكون فيها خراج أصلا ، فيكون ثبوت الخراج فى أرض خاصة عيبا و لكن حيث كان أغلب أفراد الارض قد ثبت فيها الخراج فنكشف من ذلك أن الخراج ليس من العيوب ، بل عدم الخراج كمال فى الارض فاذا كان هناك أرض قد اسقط سلطان الوقت خراجه و ضريبته لجهة خاصة فيكون ذلك كمالا لذلك لا أن ثبوته فى مورد آخر يكون عيبا و على هذا فلابدّ من ملاحظة هذه الطبيعة الثانوية فاذا كان فرد قد تخلف فيه وصف كمال فيه و نقص عن تلك الطبيعة الثانوية فيكون ذلك عيبا كما اذا كان الخراج فى بعض أفراد الارض اكثر من غالب أفرادها فانه ح يكون ذلك عيبا فى هذه الأرض .

و على الجملة فاذا تعارض مقتضى الحقيقة الاولية و ما يقتضيه طبع الشىء أولا مع حال أكثر أفراد هذه الطبيعة بحسب الغالب يكون الثانى مقدما على الاول ، و لذا لم يكن الخراج فى غالب الارض عيبا فيها ، بل زيادتها فى بعض الافراد على خلاف الأغلب عيب فيه كما هو واضح .

ثم ذكر أن هذا هو الوجه فى عدم كون الثيبوبة عيبا فى الامة البالغة اذ اغلب أفراد الاماء و الجوارى المجلوبة من أرض الشرك أن تكون ثيبة و لذا ذهب أكثر الفقهاء أيضا الى عدم كون ذلك عيبا فى الجارية .

و من هنا التضح أيضا أنه لابدّ من ملاحظة الاغلبية الموجبة لتشكيل حقيقة ثانوية بحسب كل صنف صنف فلا يجوز قياس الاغلبية فى صنف الى صنف آخر ، و على هذا فالثيبوبة ليست عيبا فى الجارية الكبيرة و لكنها عيب فى الصغيرة اذ أغلب افرادها ليست ثيبة و كذا اذا كان الخراج فى الدكان من العشر و فى الدور بنصف العشر فانه لا يكون ذلك فى الدكان عيبا لأن خراج هذا الصنف بهذا المقدار ، نعم و فى الصنف الاخر و هو الدور بمقدار أقل .

بل ربما يكون ما يقتضيه الحقيقة الثانوية هو الميزان فى كون زيادة وصف أو نقصانه عيبا أو غير عيب بحيث حتى لو كان الشىء على حسب الخلقة

!الاصلية يكون ذلك عيبا فيه و هذا لكون الرجل اغلف فان الخلقة وان كانت على مقتضى الطبيعة الاولية حيث ان الولد لا يولد مختونا و لكن بحسب الطبيعة الثانوية تكون ذلك عيبا فى العبد ·

وعلى الجملة أن الميزان الكلى في ملاحظة مقتضى الطبيعة هو كون الشيء على طبيعة الاولية أو كون اغلب الافراد على وصف خاص ومع التعارض يتقدم الثاني، هذا محصل كلام المصنف، فافهم ·

أقول : ان كان مراد ممن كون الصحيح ما كان على وفق مقتضى الطبيعة و المعيب ما لم يكن ذلك هو كونه الماهية و الطبيعة المشتركة بين جميع الافراد مقتضيا لذلك بحيث يكشف بالطريقين المذكورين أن مقتضى الماهية الفلانية أن يكون افراده متصفا بالوصف الفلاني ، و اذا تخلف فى فرد يكون تخلفه هنا عيبا ان كان مراده هذا المعنى كما يؤيده التعبير بلفظ الماهية و الطبيعة فيرد عليه أن الماهية لا اقتضاء فيها أصلا ، و قد قرع سمعك كثيرا ان الماهية من حيث هى هى ، ليست الا هى لا موجودة و لا معدومه و أن الماهية بحسب نفسها ليس فيها اقتضاء الوجود و العدم بل الاقتضاء فيها انما هو من الجهات الخارجية و هلا سمعت قول الشيخ ان الماهية من ناحية وجود علته ايس ، و من ناحية عدم علته ليس و على هذا فلا معنى لتعريف العيب ، بأنه ما يكون ناقصا عن مقتضى الطبيعة اذ لا اقتضاء للطبيعة أصلا ، فضلا عن أن يكون خلافه عيبا و انما الماهية الانسانية مثلا عبارة عن الجنس و الفصل سواء تحقق فى الخارج بصيرا أو سميعا أو ذى يد و رجل أم لم يكن له شيء من هذه الاعضاء اصلا ·

نعم ، ان أريد من اقتضاء الماهية اقتران لوازمها بها حيث انها لم يفترق عن الماهية وعبر عن ذلك مسامحة بكون الماهية مقتضية لها و ذلك كزوجية الأربعة و ككون الانسان قابلا للعلم والكتابة و ككون الجسم قابلا

للابعاد الثلاثة و هكذا فهذا و ان كان له وجه الا أن لوازم الماهيه لا تنفك عنها أصلا الاّ بعدم الماهية اذ لا يعقل تحقق الاربعة بدون كونها زوجة و مع انتفاء الماهية يبطل البيع من جهة عدم المبيع و ظهوره شيئا آخر، وقد عرفت مرارا أن المبيع اذا ظهر غير ما جرى عليه البيع فيكون البيع باطلا ، و الاوصاف التی يعد فقدانها عيبا مع بقاء الماهية ليس وجودها من مقتضيات الماهية كالبصر والسمع و نحوها و لانهما مثل الكتابة و العلم كما قال اللّه تعالى (و جعلنا الانسان سميعا بصيرا) كما قال فی مورد آخر (الرحمن خلق الانسان علمه البيان) فيعلم أن الانسانية لا تتوقف على كونه سميعا بصيرا ،كما أنه لا يتوقف على كونه عالما ، كما لا يخفى ،فافهم ، و لكن هذا الوجه كما لا يمكن تصديقه و كذلك ليس مراد المصنف قطعا اذ لا يتفوه بمثله ذوی مسكة فضلا عن المصنف الذی هو شمس فلك التحقيق والتدقيق .

و ان كان المراد من ذلك أی من مقتضى الطبيعة الاولية هو كون الشیء بحسب وجوده مقتضيا لكونه على وصف خاص و اذا تخلف عن ذلك يكون التخلف لعارض فيكون عيبا و هذا هو الظاهر من عبارة المصنف، بل هو المتعين مثلا ان الانسان حسب وجوده الخارجی يقتضی أن يكون موجودا بصيرا و سميعا و له رجل و يد و اذن و انف و هكذا بقية الاوصاف و كذلك الحال فی بقية الاشياء فاذا باع أحد عبدا و ظهر عمی أو باع شيئا آخر و ظهر على غير الاوصاف المشهورة المعروفة التی كان اغلب افراد الانسان عليها و يقتض طبعه بحسب الوجود ان يوجد عليها فيكون فقدانه عيبا فی المبيع كما هو واضح .

و هذا الوجه و ان كان له وجه فی مقام الثبوت و لكن لا وجه له فی مقام الاثبات اذ لا طريق الى ذلك بحسب مقام الاثبات فانه من اين يعلم و يستكشف أن الوصف الفلانی وجوده مستند الى اقتضاء طبع ذلك الشیء و

ليس مستندا الى مقدمات وعلل أخرى مثلا من أين يعلم أن مقتضى طبع الانسان بحسب الوجود أن يكون سميعا و بصيرا حتى اذا لم يكن في العالم أصلا عمى أو كان و لم يشاهده المتبايعان بل يمكن أن يكون مستندا الى شيء آخر كالعلم و الكتابة فان السمع و البصر ليسا دخيلين في انسانية الانسان و لذا قال الله تعالى (و جعلنا الانسان سميعا بصيرا) أي بعد كونه انسانا فجعلناه سميعا بصيرا مثلا ، اذا لاحظ أحد أي تفاحة فرءاه أحمر و لم ير أصلا تفاحة أخرى أبيض ، فلا يمكن له في مقام الاثبات أن يحكم بأن الاحمرار في التفاحة بحسب اقتضاء طبع الوجود ذلك لا بحسب التصادف آخر ، كاشراق الشمس و نحوه و هذا واضح لا سترة فيه و عليه فلا يكون ما ذكره المصنف ميزانا في بيان حقيقة العيب و ماهيته ، بل لابدّ من المشي بمسلك آخر ، بل قد لا يكون هنا طبيعة أصلا فضلا عن أن يقتضي شيئا كما في مصنوعات البشر ، فان كون الفرش مثلا على حيئة غير مرغوبة عيب مع أنه لا طبيعة له حتى تقتضي كونه على حالة خاصة ليكون خلافها عيبا كما هو واضح .

و الحاصل : أنه لما كان العيب والعوار مذكورين في الاخبار فلابدّ من بيان حقيقة العيب لكونه موضوعا للخيار ، و قد ورد في مرسلة السياري وعنون في كلمات الفقهاء أن العيب ما كان زائدا عن الخلقة الاصلية أو نقصت عنها ، و تكلم المصنف في ذلك تحفظا على ظاهر كلمات الفقهاء والمرسلة .

و محصّل كلامه أن العيب ما كان ناقصا عن الخلقة الاصلية التي تقتضي الماهية المشتركة كون الشيء عليها و اذا كان الشيء موافقا لها كان صحيحا و الاّ كان معيبا و هذه الخلقة الاصلية قد تكون معلومة بحسب الخارج ، بحيث يعرف من الخارج أن العمى عيب في العبد ، و عدمه ليس بعيب وقد يعرف بحسب الغلبة الخارجية بحيث يكون التخلف في النادر لعارض فيكون

فقدانه عيبا فيه ٠

و قد تكون الطبيعة الثانوية هو الميزان فى الصحيح والمعيب كالارض الخراجية فانها بحسب طبعها لا يقتضى الخراج و لكن بحسب الطبع الثانوى يقتضى الخراج و ح يكون العيب زيادة الخراج عن الخراج المعهود بل قد يكون الطبيعة الثانوية مقدمة على مقتضى الطبيعة الاولية فى مقام المعارضة ، بل قد يكون كون شىء موافقا لمقتضى الطبع الاولى عيبا كما فى الاغلف بحيث وجب كونه موافقا لمقتضى الطبيعة الثانوية ٠

ثم ان ملاحظة الطبيعة الاولية أو الثانوية و جعلهما ميزانا فى بيان المعيب و الصحيح انما هى بحسب الاصناف لا بحسب الجنس أو النوع كما هو واضح فانه قد يكون وصف عيبا فى صنف كالثيبوبة فى جارية الصغيرة وقد لا يكون عيبا كالثيبوبة فى جارية الكبيرة مع انهما من نوع واحد وجنس فارد ٠

ثم ان الثمرة بين كون الثيبوبة مثلا عيبا فى الجارية الكبيرة أو ليست بعيب انما تظهر فيما اذا باع أحد جارية و اشترط المشترى على البايع كونها بكرا فظهرت ثيبا ،فانه على القول بعدم كون الثيبوبة عيبا يكون للمشترى خيار تخلف الشرط فقط ،و أما على القول بكونها عيبا يكون المشترى مخيرا بين الرد و الامضاء و الأرش بناء على كونه من الأول مخيرا بين هذه الامور والا فيكون له الرد و مع عدمه يثبت له حق مطالبة الأرش على ما ذكرناه سابقا فان مطالبة الأرش انما هو فى صورة كون صف المتخلف من العيوب و الا فلا يثبت له حق مطالبة الأرش كما هو واضح ٠

ثم قوىّ الوجه السابق و قال لكن الوجه السابق أقوى و مراد من الوجه السابق ،ما افاده أولا من أن الثيبوبة ليست بعيب و عليه فلا وجه للحكم بكون النسخة غلطا و كون السابق عوض الثانى كما فى حاشية السيّد هذا ٠

أقول : قد ذكرنا سابقا أنه لا وجه لهذا الكلام فانه مع عدم وجود

المقتضى للماهية المشتركة قلنا لو اردنا من ذلك لوازم الماهية مسامحة فلا يمكن التخلف بين الماهية و لوازمها كالاربعة والزوجية ،فان كل منهما لا يتخلف عن الآخر و اذا تخلف في مورد و كان فرد مثلا فاقدا لوصف لا يكون ذلك عيبا من حيث التخلف عن مقتضي الطبيعة ،بل يكشف من التخلف أن الوصف ليس من الأوصاف اللازمة و من مقتضيات الطبيعة بداهة عدم امكان تخلّف لوازم الماهية عن الماهية كما هو واضح ،بل قد ورد في بعض الروايات أن الاباق في العبد و نحو ذلك عيب في المبيع مع أنه ليس من مقتضيات الماهية و العرف قاض بان فقدان بعض الاعضاء عيب في العبد والحيوان من أن كونه واجدا لذلك ليس من مقتضيات طبيعة الحيوان .

بل قد لا يكون هنا طبيعة حتى تقتضي شيئا و كونه على حالة مخصوصة كما في مصنوعات البشر حيث ان كون الفراش على هيئة خاصة مرغوبة للناس ليست من مقتضيات طبعه اذ لا طبيعة للفراش حتى تقتض ذلك مع أن كونه على خلاف هذه الحالة عيب كما اذا كان قناصا من طرف أولم تكن الوانه متناسبة أوغير ذلك مما يعدّ عيبا فيه و هكذا في غير الفراش من مصنوعات البشر كما هو واضح ،فافهم .

و عليه فلا يمكن المساعدة على ما ذكره المصنف من الميزان والضابطة لبيان حقيقة العيب . على ان السيارى لم يكن معهود الوثاقة على ما ببالي و مع الوثاقة فلا تزيد مرتبته عن المرسلة فهي لا يجوز العمل بها على أنها مخالفة للوجدان فان العيب ليس منحصرا بما ذكر فيها كما هو واضح .

و التحقيق في بيان ضابطة العيب أن يقال أن أوصاف المبيع على قسمين فانها تارة تكون معتبرة فيها بحسب الاغراض الشخصية بحيث ان المشترى مثلا يرغب في نفسه الى ذلك الوصف ككون العبد مثلا كاتبا أوخياطا أو نجارا و نحو ذلك مما هو مورد للاغراض الشخصية و قد تكون الأوصاف

معتبرة بحسب الاغراض النوعية بحيث يرى النوع تلك الأوصاف معتبرة في المبيع فان كان التخلف فى مثل الاوصاف الاولية لا يكون خيار العيب للمشترى، بل يثبت له خيار تخلف الشرط حسب مااعتبرمن الاوصاف الكمالية و نحوها فى المبيع.

فان كان التخلف فى الأوصاف الثانوية يكون ذلك موجبا لخيار العيب فان العقلاء يرى مثل تلك الاوصاف معتبرة فى المبيع سواء اشترط المتبايعان ذلك عند البيع أم لا فيكون التخلف عن ذلك عيبا سواء كان التخلف من حيث الزيادة أو من حيث النقيصة مثلا أن العرف يرى كون الجارية على البكارة مع عدم التصريح بالثيبوبة فاذا ظهرت ثيبة تكون معيوبة فيثبت للمشترى خيار العيب هذا كله اذا تخلف وصف من اوصاف المبيع التى اعتبرها المتبايعان فى المبيع اما بحسب الشخص أو بحسب النوع.

و أما اذا لم يكن هنا تخلف الوصف، بل كان على الوصف الذى كان المبيع الصحيح عليه و مع ذلك يكون فيه تفاوت القيمة بحيث كانت قيمته ناقصه أو زائدة عن القيمة المتعارفة كان للمشترى أو البايع خيار الغبن لتخلف الشرط الضمنى، و هو تساوى القيمة و هذا خارج عن تخلف الوصف.

وعلى الجملة أن التخلف قد يكون فى غير الوصف كتخلف الشرط الضمنى مثلا فى تساوى القيمة فيكون ذلك موجبا لخيار الغبن و قد يكون فى الوصف، و هذا أيضا قد يكون فى وصف اعتبرى المبيع بحسب نظر شخص المتبايعين و قد يكون معتبرا فيه بحسب نظر العقلاء، فعلى الاول يكون موجبا لخيار تخلف الشرط و على الثانى يكون موجبا لخيار العيب، و هذا واضح لا يخفى.

والحاصل: أن الضابطة الكلية فى بيان حقيقة العيب هو أن الاوصاف على قسمين: الاول: ما يكون معتبرا فى المبيع بحسب بناء العقلاء واعتبارهم

سواء اعتبرها المتبايعان فيه أم لا ، لكفاية بنائهم فى اعتبارها فى ذلك بحيث يعتبر فى المبيع حتى مع السكوت فوصف الصحة ما يكون معتبرا فى المبيع بحسب بناء العقلاء مع سكوت المتبايعين و عدم ذكرها لبناء العقلاء على كونه واجدا لهذا الوصف، و اعتباره في صحة المبيع و يسمى ذلك بوصف الصحة و اذا تخلف ذلك بزيادة شيء عليها أو بنقيصتها ثبت للمشترى خيار العيب فان ذلك أى تخلف تلك الأوصاف بالزيادة أو بالنقيصة عيب فى المبيع.

و على الجملة أن كون الوصف وصف الصحة بحيث يلزم من فقدانه كون المبيع معيبا انما هو باعتبار العقلاء و بنائهم على كون المبيع على هذا الوصف و أن فاقده يكون معيبا.

الثانى أن يكون الوصف معتبرا فى المبيع بحسب اشتراط المتبايعين كالاوصاف الدخيلة فى اغراضهم و كونها أوصاف كمال عندهم.

و على الاول : فاذا تخلف يثبت للمشترى خيار العيب.

و على الثانى : يثبت له خيار تخلف الشرط، و هذا هو الميزان فى المقام و أما كون الشيء على وصف أو كون أغلب افراده موصوفا بوصف، فلا يكون ميزانا فى المطلب على ما ذكره المصنف، و لا يكون كاشفا عن الخلقة الاصلية كما تقدم.

و أيضا أن كون أغلب الافراد فى كل صنف فاقدا لوصف يراه النوع وصف صحة لذلك الشيء و كونه معتبرا فى ذلك شيء لا يوجب عدم كون فقدانه عيبا ، بل يكون فقدانه فى أغلب الافراد أيضا عيبا فى المبيع و عليه فتكون الثيبوبة عيبا فى الجارية فان العقلاء يرى البكارة من أوصاف الصحة للمبيع، بل هو الغالب فى غير الاماء المجلوبة من بلاد الشرك.

نعم ، اذا كانت الافراد الغالبة فى الاماء المجلوبة من بلاد شرك ثيبة كانت ذلك قرينة على أن المشترى اسقط خيار العيب لا أن الثيبوبة ليست

بعيب فانه فرق واضح بين كون الثيبوبة عيبا و يكون عدم الخيار من جهة القرينة و يلحق بها حكم عدم الخيار و ان كان الموضوع محققا وبين أن لا يكون الثيبوبة خارجا عن العيب موضوعا بواسطة القرائن التى هى الغلبة ·

لو صرّح المشترى باشتراط أوصاف الصحة على النحو الذى بنى عليه العقلاء أو صرحا باعتبار البكارة فى الجارية ثبت خيار العيب أيضا من التخلف من ناحية الاشتراط و يكون الاشتراط دافعا للقرينة الخارجية كما هو واضح ·

ثم ان المناط فى تعيين الصحيح و المعيب و ان كان هو العرف وبناء العقلاء على كون وصف خاص وصف صحة أو عدم كونه وصف صحة و معتبر فى صحة المبيع· و لكن مطلق كون أى وصف من أوصاف الصحة بحسب بناء العقلاء ليس ميزانا فى ثبوت خيار العيب، بل لابدّ و أن يكون تخلف ذلك الوصف من حيث الزيادة أو النقيصة موجبا لنقصان مالية المبيع كالعمى و الخرس و الفلج فى العبد ،و هكذا فى غيره ،و أما اذا لم يوجب فقدان وصف من اوصاف الصحة نقصا فى مالية المبيع فلا يكون ذلك موجبا لثبوت خيار العيب فان موضوع خيار العيب ليس هو مطلق ظهور العيب فى المبيع، بل ما كان موجبا للنقص من مالية المبيع و ذلك فان الظاهر من رواية زرارة من اشترى شيئا و به عيب أو عوار فلم يتبرء منه و لم يبين له و أحدث فيه حدثا يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح و المعيب و يسقط الرد باحداث الحدث على ما هو مضمون الرواية ·

فان الظاهر من هذه الرواية هو أن مطلق العيب و ان كان نقصا و لكنه لا يترتب عليه حكم العيب الاّ اذا كان موجبا لنقص المالية ما لا يوجب نقصا فى المالية لا يثبت فيه التفاوت ما بين الصحيح و المعيب على تقدير سقوط الرد باحداث الحدث فيعلم من ذيل الحديث اعنى قوله عليه السلام

فاذا احدث حدثا يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح و المعيب، أن تخلف الوصف انما يوجب خيار العيب و ترتب احكامه عليه اذا كان وجود ذلك الوصف دخيلا في زيادة مالية الموصوف كما هو واضح و هذا كالخصى فى العبد و الديك، فان ذلك و ان كان بحسب اللغة نقصا فى العبد و الديك، و لكن لا يوجب نقص المالية أصلا فان قيمة الخصى لا يختلف مع غيره بل ربما يكون ارغب من غير الخصى لأجل بعض الأغراض العقلائية كما اذا يريد مولاه أن يكون واسطة بينه و بين زوجته فى قضاء حوائجهما وان كان غرض بعضهم يتعلق بكونه غير خصى أيضا، كما اذا اراد أن يتزوج له أمه فيولد منهما ولد يكون رقا لمولاه الاّ أن ذلك لا يوجب كون قيمة الخصى انقص من غير الخصى فمثل هذا النقص لا يكون موضوعا لاحكام العيب فى المقام، بل يكون ذلك من حيث الحكم كعدم العيب أى يكون خارجا عن العيب حكما من هذه الجهة فيكون موجبا للرد فقط دون الأرش فيكون مثل خيار تخلف شرط ولعل الى هذا يشير كلام العلامة حيث قال اذا لم يعلم المشترى بكون الاماء مجلوبة من بلاد الشرك فتكون الثيبوبة عيبا و الاّ فلا، فان الظاهر من ذلك أنه يثبت عليها حكم العيب أو ينفى عنها ذلك أيضا بداهة عدم دخل العلم والجهل فى حقيقة العيب.

و بعبارة أخرى أن العيب يمكن ان يدور مدار العلم و الجهل حكما و لكن لا يمكن ذلك موضوعا، فى صورة عدم علم المشترى بكون الامة مجلوبة من بلاد الشرك يثبت له الرد و الاّ فلا، كما أنه قد يكون خارجا عنه حكما بواسطة الغلبة كما تقدم.

نعم، اذا اطلق المبيع لم يتعرض المتبايعان لمثل ذلك الوصف يكون مع بناء العقلاء على اعتباره فى المبيع و رويتهم ذلك من اوصاف الصحة يكون تخلف ذلك موجبا للخيار، و ان لم يكن موجبا للأرش كما تقدم، ولكن هذا خيار تخلف الشرط أو خيار العيب لا يترتب عليه ثمر أصلا بداهة أن أصل

الخيار مسلّم و ثبوت الأرش مقطوع العدم و ان كان الظاهر مما ذكرناه هو كون هذا الخيار خيار تخلف الشرط دون العيب لما عرفت أن موضوع خيار العيب هو العيب الذى يوجب الرد أو الأرش و هو مفقود فى المقام لعدم كون مثل هذا الوصف دخيلا فى زيادة المالية ·

و قد يقال بظهور الثمرة فى ذلك بين كون الخيار خيار عيب أو خيار تخلف الشرط فى موردين :

الاول : فى أنه لو كان الخيار هو خيار العيب يسقط بالتصرف ، كما صرّح به رواية زرارة فان احداث الحدث موجب لسقوط الخيار وان كان المراد منه خيار تخلف الشرط لا يوجب ذلك سقوط الخيار فان خيار تخلف الشرط لا يسقط بالتصرف الا اذا كان ذلك مؤذنا بالرضا بالعقد ، بل لا يسقط بالتلف أيضا على ما تقدم سابقا بداهة أن الخيار متعلق بالعقد وهو باق حتى مع تلف العين ،و ليس متعلقا بالعين حتى يسقط بالتلف كما هو واضح و قد اشار المصنف الى هذه الثمرة فى كلامه ·

ثم اشار الى جوابه بقوله فتأمل ،و لعل وجه التأمل فيه هو أن خيار العيب انما يسقط باحداث الحدث فيما اذا ثبت لذى الخيار جواز مطالبة الأرش اما مخيرا بين الرد و الأرش أو يكون له الرد أولا ، ثم بعد سقوط الرد يثبت له جواز مطالبة الأرش و أما فيما ليس له جواز مطالبة الارش لعدم كون العيب مما يوجب نقصا فى المالية حتى يطالب المشترى الأرش ، فان احداث الحدث لا يوجب سقوط الرد كما هو واضح ·

المورد الثانى : أنه اذا حصل العيب بعد العقد فى زمان الخيار أو قبل القبض فقد تقدم سابقا أن الكلام هنا يقع فى جهتين :—

الاولى : فى أن حدوث العيب فى ذلك الزمان مانع عن الخيار أو ليس بمانع و هذا هو الذى تقدم الكلام فيه ·

الجهة الثانية : فى أن نفس حدوث العيب فى ذلك الوقت يوجب

حدوث الخيار أم لا و هذا هو الذى قلنا انه يأتى الكلام فيه فى احكام الخيار

و على هذه الجهة فربما يتوهم ظهور الثمر فى كون انتفاء الوصف الغير الدخيل فى زيادة المالية موجبا لخيار العيب أو الشرط بأنه ان كان ذلك هو خيار العيب كان ثابتا فى صورة انتفاء ذلك الوصف فى زمن الخيار أو قبل القبض و ان هذا الخيار خيار تخلف الشرط لا يكون خيار هنا بداهة أن الشرط الضمنى انما يقتضى كون الوصف موجودا حال العقد فقط وأما الازيد من ذلك فلا يقتضى كما هو واضح ٠

و فيه أولا : أن اللالتزام بظهور الثمرة و ثبوت خيار العيب بالنقص بمثل الوصف المذكور فى زمان الخيار أو قبل القبض انما يتوقف على شمول القاعدتان المعروفتان أعنى التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له وأن التلف قبل القبض من مال البايع لزوال وصف الصحة أيضا فانه على هذا يكون العيب الحادث فى زمن الخيار أو قبل القبض كالعيب الحادث قبل العقد فيكون مضمونا على البايع، و لكن بعد تسليم تمامية القاعدتين فلا وجه لتسريتهما الى زوال الأوصاف لعدم دلالة القاعدتين على ذلك ٠

و ثانيا : أن مفاد القاعدتين انما هو كون ضمان مالية المبيع مع التلف فى زمن الخيار أو قبل القبض على البايع بحيث يفرض المبيع كأن لم يكن و يعطى الثمن للمشترى و من الواضح ليس هنا نقص مالى حتى يضمنه البايع اذ المفروض أن الوصف الزايد فى ذلك الزمان لا يوجب نقص المالية حتى يضمنه البايع كما هو واضح ٠

الكلام فى افراد العيب

قول : مسئلة : لا اشكال و لا خلاف فى كون المرض عيبا ٠

أقول : ذكر المصنف أنه لا خلاف فى كون المرض فى العبد أو فى الحيوان عيبا و هو كذلك و انما الاشكال فى بعض افراده كحمى اليوم ، فانه ربما يقال بكونه أيضا عيبا فى العبد و يؤيده شمول اطلاق كثير بأن الحمى عيب لحمى اليوم أيضا ، و لكن الظاهر أن هذا ليس بعيب ما لم يكن نوبة كما اذا كان فى الاسبوع مرة فان مثل هذا أى حمى اليوم مما لا يخلو عنه طبع الانسان نوعا و لا يصدق عليه العيب فى العرف و ان صدق عليها المرض فان فى نظر العرف أن العبد الذى يعتريه الحمى يوما مساوى من حيث القيمة مع العبد الذى لا يكون كذلك و كيف هذا لا اشكال فيه؟

قوله مسئلة : الحبل عيب فى الاماء .

أقول : من جملة افراد العيب ذكروا الحبل فى الاماء أو فى بقية الحيوانات يقع الكلام هنا تارة فى الاماء و أخرى فى غيرها .

أما الاولى : فانها قد تكون حاملا من المولى فهذا لا شبهة فى بطلان بيعها لكونه بيع أم ولد فلا تصل النوبة هنا الى كون الحبل عيبا أو غير عيب و أخرى تكون الأمة حاملا من غير المولى فهذا هو محل الكلام هنا فنقول لا شبهة فى أن الحمل فى الأمة عيب يرد معه الجارية للاخبار الدالة على ذلك و قد تقدم سابقا فى كون الوطى مانعا عن رد الأمة بالعيب أنه لا يكون مانعا فى الحامل فضلا اذا لم توطأ و هذا لا شبهة فيه بل الأمر كذلك اذا لم تكن هنا اخبار تدل على جواز الرد وعدم مانعية الوطى عنه و ذلك لأن صدق العيب على الحمل مما لا ريب فيه بداهة أنها فى معرض الخطر للوضع و أنها لا تكون قابلة للاستخدام على الوجه الذى تكون غير الحامل قابلة لذلك فتكون مثل شراء العين المستأجرة مسلوبة المنفعة وهل يتوقف أحد فى أن كون العين مسلوبة المنفعة عيب فى ذلك ، بل عدم كون الأمة الحاملة قابلة للاستيلاد عيب فيها فانها لو لم تكن حاملا كانت حاملا

من المشترى فيكون له فيها نفع من هذه الحيثية و لكن الحمل مانع عن هذه المنفعة ، و كيف كان فلا شبهة فى كون الحمل فى الأمة عيبا ترد بها الى البايع .

ثم انه اذا كان الحمل فى ملك المشترى فهل يكون ذلك مانعا عن الرد أم لا ، فالظاهر أنه مانع عن الرد لما عرفت أنها عيب على التقريب المتقدم فاذا يثبت له الأرش فقط ، بل مانعية الحمل عن الرد هنا لا يتوقف على كونه عيبا و ذلك لأن المذكور فى المرسلة المتقدمة أن صبغ الثوب و خياطته يكون مانعا عن الرد ، مع أنها كمال للثوب فليس بعيب و أن العمدة فى سقوط الرد كانت هى رواية زرارة فالمذكور فيها أن احداث الحدث مانع عن الرد و لا يفرق فى ذلك بين كون الحدث عيبا فى المبيع أم لا ومن الواضح أن الحمل من اظهر أفراد احداث الحدث فيكون مانعا عن الرد ، و على هذا الوجه الأخير فلا وجه لما اتعب به المصنف نفسه من أن الحمل عيب و نقل فى ذلك كلمات جلّ الاصحاب ، بل قد عرفت أنه مع عدم كونه عيبا أيضا يسقط به الرد كما هو واضح .

و أما الحمل فى غير الأمة فقد ظهر حكم مانعيته عن الرد هنا أيضا من السابق و أما من حيث كونه عيبا فيه بحيث يوجب ثبوت خيار العيب للمشترى أو للبايع ، فذكر الشيخ (ره) فى المبسوط أن الحمل تابع للحيوان فاذا باع حيوانا ثم ظهر كونه حاملا فانه يكون الحمل للمشترى لكونه كالجزء من المبيع و ذكر بعضهم أن الحمل يكون للبايع فانه اجنبى عن المبيع .

و على القول الأول لا يكون الحمل عيبا ، بل هو جزء زائد ويكون دخيلا فى زيادة المالية و أنه مرغوب اليه عند العقلاء .

و بعبارة أخرى أن العيب عبارة عما يكون فقدانه موجبا لفقدان وصف الصحة و يكون وجوده معتبرا فى المبيع مع عدم الذكر و يلزم من انعدامه نقص مالية المبيع و من الواضح أن الحمل فى الحيوان بحيث يكون لمالك

الحيوان لا يكون عيبا ، بل يكون وصف كمال و دخيل فى زيادة المالية كما هو واضح ٠

و توهّم أن الحيوان الحامل يكون فى معرض الخطر عند الوضع توهّم فاسد بداهة أن هذا الاحتمال موهون فى الحيوانات و لذا يقدم بذلك جميع أرباب الحيوانات و يستنتجون بذلك عنها كما هو واضح ٠

وأما على القول الثانى و لالتزام بان الحمل للبايع فلا شبهة فى كونه عيبا فى المبيع لما عرفت أن المنافع التى تستفاد من غير الحامل التى منها كونه قابلا للاستيلاد و الاستنتاج لا تستفاد من غيره كما عرفت ذلك فى الامة ٠

قوله : مسئلة : الاكثر على أن الثيبوبة ليست عيبا فى الاماء ٠

أقول : الظاهر أن المصنف انما تكلم فى ذلك غفلة عن المسئلة السابقة فانه قد اتضح من تلك المسئلة أن الثيبوبة عيب أو ليست بعيب و قد اعاد جملة مما ذكره هناك ٠

نعم ، فى هذه المسئلة ذكر خصوصية لم يذكرها هناك و هى أنه قد ورد هنا روايتان لا بدّ من التكلم فيهما :

الاولى : ما استدل بها على أن الثيبوبة ليست بعيب فى الاماء و هى رواية سماعة عن رجل باع جارية على انها بكر فلم نجدها كذلك قال لا ترد عليه و لا يجب عليه شئ و فيه ٠

أولا : أن الرواية ضعيفة السند ٠

و ثانيا : أنها على القواعد فان مقتضى العمل بها هو عدم ثبوت خيار تخلف الشرط فيها مع أنها بديهى الثبوت مع الاشتراط و غير مربوط بخيار العيب و بيان الملازمة أن المذكور فى الرواية هو اشتراط البكارة حيث قال السائل ان الرجل باع الجارية على انها بكر و لم نجدها كذلك و من الواضح أن ثبوت خيار تخلف الشرط هنا بديهى سواء كانت الثيبوبة عيبا فيها أم لا

كما هو واضح على أن الرواية (غريبة) عن الثيبوبة و كونها عيبا أو غير عيب و ذلك لما ذكرنا فى كون عدم البكارة عيبا فى الحرة المتزوجة التى ظهرت غير باكرة أن الظاهر من اللغة هو أن البكارة عبارة عن المرأة التى لم يصبها رجل سواء كان دم البكارة موجودة فيها أم لا ، بل زال لعارض من المرض أو للوقوع من شاهق و نحو ذلك و على هذا ففى الرواية قد اشترطت البكارة فى الجارية فلم توجد كذلك فقال الامام عليه السلام انه لا ترد الجارية ولا يجب عليه شيء و من البديهى أن ذلك لا يثبت كونها ثيبة ، بل لعل عدم وجدان السائل كونها كذلك أى أنها غير واجدة لدم البكارة أم أنها اصابها الرجل بحيث صارت ثيبة فلا يستفاد من الرواية ٠

و بعبارة أخرى يحتمل أن السائل لم يرى أثر البكارة اعنى دم العذرة فاعتقد كون الجارية ثيبة فسئل عن حكم ذلك و الامام عليه السلام لم يعتنى بذلك ، بل رأى أنه لابد فى الحكم بالثيبوبة من ثبوتها و أما بمجرّد عدم وجود أثر البكارة لا تثبت الثيبوبة لا يقال أن البكر و ان كان يطلق على المرأة التى لم تر الرجل و على الرجل الذى لم ير المرأة و لكن البكارة هى العذار و هى التى كانت واجدة لدم البكارة فالمعنى المذكور لا يجرى فى الرواية ٠

فانه يقال نعم و لكن لا يمكن ذلك فى الرواية حيث ان الامام عليه السلام قال لعله كان من مرض و من الواضح أن هذا الكلام له وجه مع المعنى الذى ذكرناه و أما اذا كالمراد هذا الاحتمال فانه بمجرّد ذهاب دم البكارة تكون ثيبة فافهم ٠

نعم ، لا بأس من الاستدلال على كون الثيبوبة عيبا برواية يونس فى رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال يرد عليه فضل القيمة اذا علم أنه صادق ٠

و وجه الاستدلال هو أن الامام عليه السلام حكم بثبوت الارش بعد

ثبوت الثيبوبة فان مراده من قوله عليه السلام اذا علم أنه صادق هو العلم بكون المدعى صادقا فى دعواه الثيبوبة فان العلم طريق الى الواقع لا أن المراد من كون العلم بكونه صادقا فى عدم روية اثر البكارة حتى تدل هذه الرواية على عكس الرواية الاولى من الكفاية بثبوت الثيبوبة على عدم وجدان اثر البكارة وهو الدم و كيف كان فالرواية الثانية تدل على أن الثيبوبة عيب فى الجارية ·

نعم ، لو كانت هنا غلبة بأن تكون أغلب أفراد الجوارى ثيبة كالاماء المجلوبة من بلاد الشرك كانت هذه الغلبة قرينة على عدم ثبوت الخيار و رضاء المشترى بالعقد على هذا النحو كما هو واضح ·

قوله : مسئلة : ذكر فى التذكرة و القواعد من جملة العيوب عدم الختان فى العبد الكبير·

أقول : قد عللوا كون عدم الختان عيبا فى العبد ليكون للمشترى حق الفسخ هو أن العبد يكون بذلك فى معرض الخطر اذ ليس ختان الكبير كختان الصغير مأمونا عن الخطر كما هو واضح ·

و فيه أولا : أن هذا الدليل أخص من المدعى اذ قد يكون العبد غير مختون و لا يجب ختانه كما اذا كان نصرانيا و لم يقبل الاسلام فان الختان انما يجب فى العبد المسلم ففى الفرض المذكور لا يجب·

و ثانيا : أن الختان انما يكون موجبا للخطر اذا لم تكن وسائل ابتداءه و أما مع وجودها فلا يكون كذلك·

و ثالثا : أنا لم نسمع كالختان خطريا مع كثرته فى أول الاسلام ·

و رابعا أنه اذا كان خطريا لا يجب الختان أصلا فان حفظ النفس مقدم على ذلك و كيف كان فعدم الختان أو مثله كعدم الجدرى ليس بعيب فى العبد وعليه فلا يثبت خيار العيب من جهة عدم الختان نعم لو اشترط

عدمه فظهر الخلاف ثبت خيار تخلف الشرط ثم ان الثمرة هنا بين كون الخيار خيار عيب أو تخلف شرط هو الثمرة المذكورة فى الثيبوبة كما اشار اليها المصنف

قوله : مسئلة عدم الحيض ممن شانها الحيض بحسب السّن و المكان وغيرهما من الخصوصيات التى لها مدخلية فى ذلك عيب ترد معها الجاريه ٠

أقول : ذكر المصنف أن من جملة العيوب التى ترد به الجارية عدم الحيض فان ذلك خروج عن مجرى الطبيعى ٠

أقول : أن عدم الحيض فى نفسه ليس من العيوب، بل هو كمال فى نفسه نعم اذا كان كاشفا عن كونها مريضة كان عيبا فان الجارية لا تحيض لوجود مانع فيها و مرض يكون مانعا عن الحيض و هذا هو المراد من الرواية التى سئل السائل عن جارية لم تر الحيض فى ستة اشهر فانه قال الامام عليه السلام فهذا عيب ترد من الجارية ٠

و أما تقييد كون ذلك عيبا اذا كان ظهورها بعد ستة أشهر تمسكا بهذه الرواية أيضا فاسد بداهة أن ستة أشهر انما ذكرت فى كلام الرواى فلا توجب تقييد الحكم ٠

لا يقال ان هذه الرواية لا يمكن العمل بها بداهة أنها مخالفة للقاعدة التى اسسّها الفقهاء من كون التصرف مسقطا للخيار اذ لا يخلو الأمة فى مدة ستة أشهر عن التصرف حتى بمثل اسقنى الماء و ناولنى الثوب و اغلق الباب ٠

فانه يقال انك قد عرفت فيما سبق أنه لا وجه لهذه القاعدة أصلا و أن التصرف لا يكون مسقطا للخيار الاّ اذا كان كاشفا عن الرضاء بالعقد أو دل نص خاص عليه كما فى الوطى حيث ورد أنه مسقط للخيار ٠ وعلى هذا فكيف يمكن رفع اليد بمثل هذه القاعدة عن الرواية الصحيحة ٠

قوله : مسئلة : الاباق عيب بلا اشكال و لا خلاف ٠

أقول : ذكروا من افراد العيب الاباق ،و ادعوا عليه الاجماع، بل هو من افحش العيوب، و تدل عليه رواية ابى هشام الآتية فى عيوب السنة نعم ربما يتوهم تعارضها برواية قيس انه ليس فى الاباق عهدة و لكن المراد من رواية قيس هو أن يكون الاباق عند المشترى من غير أن يكون موصوفا بذلك عند البايع فان الظاهر من هذه العبارة أن حدوث العيب كان عند المشترى لا عند البايع و الاّ فلا معنى لعدم كون العدة عليه كما يقال ان العهدة فى التلف فى زمن الخيار للبايع أو العهدة فى الجنون و البرص الى سنة الى البايع كما فى الرواية و هذا المعنى هو الظاهر من الرواية كما قلنا و هذا موافق للاعتبار أيضا اذ ربما يكون المولى الاول قائما بخارجه فلا يكون أبقا بخلاف المولى الثانى فيكون الاباق مستندا الى ذلك فليس هذا حملا لها عليه ،كما ذكره المصنف، فتحصل أنه لا شبهة فى كون الاباق عيبا فى العبد و انما الكلام فى أن الاباق بمجرّد تحققه و لو مرة واحدة عند البايع يكون عيبا فيه أولا ،بل لابدّ و أن يتكرر منه هذا العمل أو كان بانيا على ذلك و الاّ فلو ابق مرة ثم تاب عن عمله فلا يكون بذلك أبقا .

الظاهر هو اعتبار الاعتياد بذلك أو كان بانيا عليه و يعلم من حاله الاباق و الاّ فاذا أبق مرة واحدة و عصى ، ثم تاب و صار عادلا لا يطلق عليه الابق هذا هو الظاهر من بعض الروايات أيضا حيث عبّر فيها بانه كان أبقا فان هذا التعبير انما يطلق فى مورد يكون الاعتياد بذلك بحيث صار وصفا عاديا له و لا يتحقق باباق واحد كما هو واضح .

قوله : مسئلة : الثقل الخارج عن العادة فى الزيت و البذر و نحوهما عيب يثبت به الرد و الأرش .

أقول : ذكر الفقهاء و المصنف أن من جملة العيوب ما يكون الشىء مخلوطا بشىء آخر اختلاطا خارجا عن المتعارف فاذا باع حنطة فظهر فيه

تراب خارج عن المتعارف كان المبيع معيوبا و كذا اذا باع السمن الزيت و ظهر أن فيه دردى كان السمن معيوبا فللمشترى خيار العيب. وهذا الذى ذكره المصنف مما يقتضيه العرف فان كون الخليط أكثر من المقدار المتعارف عيب عرفى .

و عليه فلا يفرق بين كون غالب الافراد الموجودة فى الخارج كذلك أو بعضها فلا وجه لما ذكره المصنف من التعليل بقوله لكون ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشيء فانك قد عرفت سابقا أن الغلبة لا تكون موجبة لتعيين الطبيعة نعم تكون هذه الغلبة مع السكوت عن الوصف نفيا واثباتا قرينة على كون المشترى راضيا بذلك المبيع المعيب فيكون ذلك موجبا بسقوط خيار العيب، الاّ أن يشترط صريحا وجود الوصف الذى فقده اكثر أفراد هذه الطبيعة كما هو واضح وح يقع الكلام فى ثمرة كون هذا الخيار هو خيار عيب أو خيار تخلف الشرط و هى عين الثمرة المذكورة فى ثيبوبة الاماء بين كون الثيبوبة عيبا فى الجارية أو يكون تخلفها موجبا لخيار تخلف الشرط كما هو واضح .

و قد ظهر أن كون الخليط فى المبيع عيبا أمر عرفى موافق للقواعد فيكون مشمولا لقول زرارة ايما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار الخ ، و مع ذلك لا نحتاج الى الرواية فى المقام وح فتكون رواية عيسى بن عبد العزيز مؤكدة للمطلب حيث قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشترى زق زيت يجد فيه درديا قال ان كان يعلم أن الدردى يكون فى الزيت فليس عليه أن يرده و ان لم يكن يعلم فله أن يرده و قد عرفت فى السابق أن العيب لا يختلف بالعلم و الجهل فمراده من جواز الرد مع عدم العلم وعدم جوازه مع العلم هو بالنسبة الى حكم العيب فان كون العيب موجبة للرد انما هو مع الجهل به دون العلم به .

وعلى الجملة لا شبهة فى كون ذلك عيبا فى المبيع، نعم الظاهر من رواية السكونى أن ذلك أى الخليط المذكور ليس بعيب حيث روى عن جعفر عن أبيه عليه السلام ان عليّا قضى فى رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة (اى مجتمعة) فوجد فيها ربّا فخاصمه الى على عليه السلام فقال له على عليه السلام لك بكيل الرّبّ سمنا ،فقال له الرجل انما بعته منه حكرة له ،فقال على عليه السلام : انما اشترى منك سمنا و لم يشتر منك ربّا ، فان الظاهر من هذه الرواية مخالفة لحكم العيب من الرد والأرش كما فى المتن .

بل يشكل الأمر فيها من جهة عدم انطباقها بالقواعد حيث ان المفروض فى الرواية ليس هو بيع الكلى حتى يلزم البايع باعطاء الزيت مقدار ما ظهر منه درديا ، بل المبيع هو العين الخارجية و لذا قال السائل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة (أى مجتمعة) و من الواضح أن صفة الاجتماع لا تلائم الكلية كما هو واضح .

و عليه فلابدّ من توجيه الرواية و الذى ينبغى أن يقال فى توجيهها هو أن المراد من الرواية هو ردّ الثمن الذى يقع فى مقابل الرب اعطى فى مقابل السمن فان قوله عليه السلام لك بكليل الرب سمنا هو أن لك مبتدء و خبره محذوف فانه لابدّ و أن يكون المعطى للمخاطب بكلمة كاف الخطاب أن يكون شيئا و يكون سمنا حالا منه أو تمييزا عنه و يكون التقدير لك شىء من الثمن لأن تقدير غير الثمن لا يناسب المقام بكليل الرب حال كون ذلك كيل الرب سمنا أى كان أن يعطى للمشترى بكليل الرب سمن فحيث نقص ذلك و كان بدله الرب فحكم الامام عليه السلام أن يعطى ثمن ذلك السمن و ليس المراد من الرواية اعطاء السمن بكليل الرب فانه على هذا لابدّ و أن يكون السمن مرفوعا و الحال أنه منصوب .

وعلى الجملة فان كان ظاهر الرواية هو ذلك فيها و الاّ فلابدّ و أن يوجه كذلك بحيث يكون ما يعطي للمشترى شيئا من الثمن لا شيئا من السمن

ثم انه اشكل المصنف فى المقام اشكالا و اجاب عنه بجواب لكن الاشكال وجوابه بجميع شقوقه ليس مربوطا بالمقام ، بل هو راجع الى بطلان البيع من جهة الجهل بالمبيع كما هو واضح ٠

أما حاصل الاشكال أنه ربما يستشكل فى أصل الحكم بصحة البيع لو كان الخليط كثيرا وعلم بحيث يكون مقدار المبيع وأما ما تقدم فى مسئلة الاندار من كفاية معرفة وزن السمن بظروفه خارجة بالاجماع كما تقدم أو مفروضة فى صورة انضمام الظرف المفقود هنا لأن الظرف هنا مما يتموّل والدردى فى المقام ليس مما يتموّل ، و أما حاصل الجواب فان كان وجود الدردى بحيث يوجب الجهل بالمبيع من قبيل امتزاج ما لا يتموّل بالمبيع بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت فلا شبهة فى بطلان البيع للجهل بمقدار المبيع و ان كان مجموع الظرف و المظروف معلوما اذ المفروض أن مقدارا من المظروف مال و مقدار منه ليس بمال فيكون المال الذى يبذل الثمن فى مقابله مجهولا ، فيبطل البيع للجهل فان انضمام الظرف بالمظروف اذا كانا مالين لا يضر لأن الجهل حصل من الانضمام و هذا بخلاف هذه الصورة فان الجهل هنا حصل من اختلاط الغير المتموّل بالمتمول كما هو واضح ٠

و ان كان الدردى بحيث افاد نقصا فى الزيت بحيث يرى المجموع زيتا و لكن زيتا معيوبا لا أنه يقال هذا زيت مخلوط بشيء غير متمول بل مجموعه زيت و متمول و لكنه معيوب من جهة دردى فلا شبهة فى صحة البيع ، و لكن يثبت للمشترى خيار العيب كما هو واضح لمكان العيب الذى كان غير معلوم له ٠

و ان لم يكن الدردى موجبا لتعيب الزيت و لم يكن موجبا لنقص مالية

المبیع ، بل موجبا لنقص مقدار المبیع فقط مع وقوع المشاهدة علیه فلا یکون البیع باطلا هنا ، بل لا خیار للمشتری أیضا ، کما اذا باع ما فی العکة الذی شوهد کل رطل بکذا من غیر أن یکون مقدار الزیت معلوما و لا مقدار الزیت و الظرف معلوما .

و ما ذکره المصنف من کون الظرف و المظروف معلومین معا فلیس بلازم و قد تقدم ذلك فی کتاب البیع فی بیع الصبرة و قد یکون النظر الی بیع مجموع الزیت مثلا بعنوان کل رطل بکذا ، و لکن بشرط أن یکون هذا الموجود عشرة ارطال ، فاذا ظهر رطل واحد دردیا کان للمشتری خیار تبعض الصفقة و هذا هو الفرق بین هذه الصورة و سابقه فان فی الصورة السابقة لم یکن اشتراط کونه عشرة ارطال مثلا ملحوظا بخلافه هنا .

و ان باع ما فی العکة علی أنه کذا مقدار فتبین نقصه عنه لوجود الدردی فیه ، صح البیع و کان للمشتری خیار تخلف الوصف أو الجزء علی الخلاف المتقدم فیما لو باع الصبرة علی أنها کذا فظهر ناقصا ، و لکن قد تقدم فی بیع الصبرة أیضا أن هذه الصورة لیس بمعقول بداهة أن المجموع ان کان مبیعا فلا معنی للاشتراط بعد فیکون المجموع مبیعا واحدا و ان لم یکن مبیعا فلا معنی للاشارة الی مجموع ذلك ، و القول بانه بعتك ما فی هذه العکة أو هذه الصبرة فما ذکره المصنف من الشقوق المتعددة صحیحة غیر هذا الاخیر ، فافهم .

قوله : مسئلة : قد عرفت أن مطلق المرض عیب .

أقول : تعرض المصنف هنا باحداث السنة و هی أربعة : الجنون و البرص و الجذام و القرن .

و أما الحدبة فهی تفسیر القرن لما فی بعض الروایات أنه یردّ المملوك لخصال اربعة ثم عدّ الخمسة الجنون و البرص و الجذام و القرن والحدبة ،

فيعلم من ذلك أنه هو القرن و قد استفاضة الروايات على ذلك وكونها عيبا ترد بها الجارية الى سنة و هذا لا شبهة فيه فى الجملة و لا بدّ من الاخذ بظاهر الروايات من كونها بنفسها عيبا وان وجد سببها فى ضمنى السنة فلا وجه لتأويلها بانه لعل موادها كانت قبل السنة كما لا يخفى فانه ربما يكون الجنون لامر عرضى كالوقوع من شاهق و نحوه من الخوف و غيره و انما الكلام يقع فى اربع جهات:

الجهة الأولى : فى أن الجذام أيضا من جملة هذه الاربعة أم لا ؟ من جهة أنه ذكر المصنف أن الاردبيلى قد استشكل فى ذلك لعدم وجوده فى رواية محمد بن على مع ورودها فى مقام التحديد و الضبط لهذه الامور و عليه فيمكن وقوع تعارض بين هذه الروايات و بقية الروايات الدالة على كون احداث السنة اربعة ٠

و قد أجاب عنه صاحب الحدائق بعد ما نقله عن الاردبيلى أن يشبه هذا تعارض المطلق و المقيد فيحمل المطلق على المقيد ،الخ ٠

و لكن أصل كلام الاردبيلى خال عن الاشكال فى الجذام من هذه الجهة و أن صاحب الحدائق لم ينقل من الاردبيلى و رواية محمد بن على مشتملة على ذكر الجذام ، بل جميع الروايات الواردة فى المقام التى جمع احداث السنة ذكر فيها الجذام صحيحة كانت أم فاسدة ،فهذا اشتباه من المصنف و العصمة مخصوصة لاهلها ٠

الجهة الثانية : أنه قد استشكل المحقق الاردبيلى فى القرن ، و هو الحدبة فى الفرج المانع من الوطى ، و قيل هو العظم الثابت فيه المانع من الوطى لعدم وجودها فى صحيحة أبى همام ، فحيث أنها فى مقام الحصر و الضبط فتكون معارضة مع الروايات المشتملة على ذكر القرن و ليس فيها رواية صحيحة و هذا الذى ذكره صاحب الحدائق و اشكل عليه بأنه وان لم

يذكر القرن فى هذه الرواية و لكن لا يلزم من ذلك عدم كونه عيبا بداهةأنه يحمل المطلق على المقيد و مراد صاحب الحدائق من هذا الحمل ليس هو حمل المطلق على المقيد بالمعنى المتعارف ،بحيث يكون هنا تكليف واحد متعلق بطبيعة واحدة مطلقا تارة و مقيد أخرى،و يحمل المطلق منه على المقيد كما فى اعتق رقبة و اعتق رقبة مؤمنة ،بل المراد من ذلك هنا أن الامام عليه السلام حيث كان فى مقام بيان العيوب و حصرها فاطلاق الكلام أى اطلاقه المقامى أن لا يكون هنا عيب أخر يردّ به المملوك فى اثناء السنة و لا شبهة فى كون الرواية مطلقة من هذه الجهة فحيث ورد فرد آخر غير هذه الثلاثة فى الروايات الاخر فتكون تلك الروايات مقيدة لذلك باثبات القرن فيها أى عدم كون فرد آخر من عيوب السنة مقيد بالروايات المشتملة على عدها بأكثر من الثلاثة و باضافة القرن اليها ٠

ثم ان هذا من عجائب صاحب الحدائق ،حيث ان القرن و ان لم يذكر فى هذه الرواية فى طريق الكافى ،و لكنه مذكور فيها فى طريق الشيخ ، و الكافى و ان كان اضبط من التهذيب و لكن مع دوران الامر بين الزيادة و النقيصة يقدم ما هو مشتمل على الزيادة و هذا أول مرة صادفت باشتباه صاحب الحدائق و الاّ فهو اضبط على أنه ذكر القرن فى رواية ابن فضال ، و هى موثقة ٠

الجهة الثالثة : أن المحقق الاردبيلى قد استشكل فى البرص أيضا بدعوى أنه و ان كان مذكورا فى تلك الروايات المستفيضة مع الجنون و الجذام و القرن من عيوب السنة و لكن قد ذكر فى رواية أخرى صحيحة التى تقدم فى خيار الحيوان أيضا أن العهدة فى البرص الى ثلاثة ايام فيقع التعارض بينها و بين الروايات المستفيضة فالمتيقن هو ان كونه موجبا للرد فى الثلاثة و أما فى غيرها فلا ،و هذا الذى ذكره الاردبيلى ،و ان كان متينا و لكن

حيث كانت الروايات الدالة على كونه من عيوب السنة كثيرة و مستفيضة و كان فيها صحيح لصحيحة أبى همام و محمد على بناء على كونه حلبيا كما قال الاردبيلى اظن أنه الحلبى و موثقة كرواية ابن فضال و كانت هذه الروايات موضع الاعتماد للفقهاء وعملهم بها يحصل الاطمينان من ذلك على صدق بعضها من الامام عليه السلام و تقدمها على تلك الرواية الدالة على كون العهدة فى البرص على البايع الى ثلاثة ايام و عليه فيحتمل أن البرص قد حرف و أن ما صدر من الامام فى مقام التكلم والافادة هو لفظ المرض ولكن هذا احتمال نحتمل من جهة معارضة لتلك الروايات الصحيحة التى نطمئن بصدور بعضها عن الامام عليه السلام و الاّ فلو جرى مثل هذا الاحتمال فى الروايات لجرى فى جميعها و عليه لم يبق حجر على حجر .

تنبيه

فى ج ۱۲ ئل ، باب ۲ ، أقاسم العيوب من أبواب أحكام العيوب ، ص ۴۱۱ عن أبى همام قال : سمعت الرضا يقول يرد المملوك من احداث السنة من الجنون و الجذام و البرص ، فقلت : كيف يرد من احداث السنة ؟ قال : هذا أول السنة ، فاذا اشتريت مملوكا فحدث به شىء من هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجة رددته على صاحبه ، فقال له محمد بن على فالاباق قال : ليس الاباق من ذا الاّ أن يقيم البينة أنه كان أبق عنده ، ثم قال : صاحب الوسائل و رواه الشيخ باسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى ، عن أبى همام قال : سمعت الرضا عليه السلام يقول و ذكر نحوه الاّ أنه قال و البرص و القرن .

و فى ج ۲ التهذيب ، ص ۱۳۵ عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أبى

همام قال : سمعت الرضا عليه السلام يقول : يرد المملوك من احداث السنة من الجنون و الجذام و البرص ، فاذا اشتريت مملوكا فوجدت فيه شيئا من هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجة فرده على صاحبه ، قال محمد بن على : فابق ، قال : لا يرد الاّ أن يقيم البينة أنه أبق عنده ٠

و فى ج ١ فروع الكافى ، ص ٣٩٠ ، ذكر خبر أبى همام على النحو الذى ذكره فى الوسائل الى قوله ، و رواه الشيخ الخ ، و فى ج ١٠ الوافى ص ١١٠ ، ذكر الحديث عن أبى همام ناسبا الى الكافى و التهذيب ، كما فى الوسائل و لم يذكر القرن ، و على هذا فما ذكره فى الوسائل من أضافة القرن ونسبته الى الشيخ اشتباه منه ، نعم ذكر فى التهذيب القرن فى رواية اخرى ٠

الجهة الرابعة : أنه قد اشكل على الروايات المتشملة على ذكر الجذام بانه يوجب انعتاق المملوك بمجرّد حدوثه و معه كيف يردّ على البايع بالجذام و قد وجّهوا ذلك بوجوه لا يمكن المساعدة عليها فان من جملة الوجوه أن مادة الجذام يمكن أن تكون سابقة على البيع و تكون متكونة فى ملك البايع و ح يصحّ الرد اليه و لا ينعتق على المشترى و لكنه فاسد من جهة أنه يمكن أن يكون الجنون أمرا عارضيا من جهة الوقوع من شاهق و نحوه بحيث يكون لخلل فى رأسه فيظهر له الجنون ٠

و التحقق : أن الروايات هنا متعارضة فان امكن الجمع الدلالى فهو ، و الاّ فلابدّ و أن يرجع الى قواعد المعارضة و ذلك من جهة أن هذه الروايات المستفيضة انما تدل على أن الجذام من عيوب السنة ترد به الجارية ، ورواية السكونى دلّت على أن الجذام يوجب العتق فمع قطع النظر عن القرائن الخارجية فتلك الروايات المستفيضة تقدم على رواية السكونى للاطمينان بصدور بعضها مع كون رواية السكونى ضعيفة و لكن حيث كان الحكم بالعتق مما تسالم عليه الاصحاب فيطمئن به الانسان باعتبار رواية السكونى فمقتضى الجمع

بينها هو تقييد رواية السكوني بهذه الروايات المستفيضة التي ذكر فيها الجذام، فتكون النتيجة أن المملوك اذا حدث فيه الجذام ينعتق الاّ في صورة اشترائه من الغير فانه لا ينعتق الى سنة، بل يجوز له رده الى بايعه.

ثم انه هل هذا الحكم مختص بالسنة بحيث لو لم يرده الى بايعه حتى خرجت السنة فلا ينعتق عليه أو ينعتق بعد خروج السنة فذكر بعضهم أن انعتاقه بعد السنة يحتاج الى دليل آخر، بل لو بقي الجذام فيه كان كافيا في انعتاقه كما هو واضح، و ذلك لأن رواية سماعة شاملة للسنة وغيرها، و خرج من ذلك السنة و أن الجذام الحاصل فيها لا يوجب الانعتاق الى سنة و أما أنه يحتاج انعتاقه بعد السنة الى دليل آخر فلا.

الجهة الخامسة: أن المشهور قد ذهبوا الى أن التصرف يكون مسقطا للخيار و من البعيد أن يكون المملوك في ضمن هذه المدة خاليا عن التصرف فيه حتى بمثل اغلق الباب أو اسقني الماء، و نحو ذلك و عليه فلا يمكن العمل بهذه الروايات على اطلاقها.

و فيه أنا قد ذكرنا سابقا أن التصرف على اطلاقه لا يكون مسقطا للخيار بل التصرف انما يكون مسقطا للخيار اما بكونه كاشفا عن الرضاء بالعقد أو لكونه احداث حدث أو يكون هنا دليل خاص عليه كالتقبيل و اللمس في الجارية و ركوب الدابة و نحو ذلك، أما القسم الاول فهو تابع لكشف رضاء المشتري، ففي أي مورد استكشفنا ذلك فهو، و الاّ فلا، و أما القسم الثالث فهو أيضا مختص بموارد خاصة و هو خيار الحيوان فلا يكون جاريا في بقية الخيارات فكلما تحقق ترتب عليه الحكم و الاّ فلا، و أما القسم الثاني: فيقع التعارض بين ما دل على كون احداث الحدث مسقطا للخيار و بين هذه الروايات المستفيضة بالعموم من وجه حيث ان مفاد هذه المستفيضة أعم من حيث كون الجذام في ضمن الثلاثة التي هي زمان الخيار في الحيوان أو

بعدها الى سنة و مفاد ما دل على كون احداث الحدث مسقطا للرد أعم بين أن يكون الحدث هو هذه الخصال الأربعة أى الجنون و الجذام و القرن و البرص و بين أن يكون غير ذلك فيرجع فى مورد التعارض الى العمومات الدالة على لزوم العقد·

الجهة السادسة : قد عرفت سابقا أن فى موارد ثبوت العيب يثبت لمن له الخيار الردّ و اذا لم يردّ يجوز له مطالبة الأرش و على المشهور يكون من الأول مخيرا بين الأمور الثلاثة اما الرد أو الرضا بالعقد مجانا أو الرضا به مع الأرش ·

و على كل تقدير فهل يثبت له مع عدم الرد فى ضمن السنة بالعيوب الثنوية أن يطالب الأرش أم لا ؟ و الظاهر أنه ليس له مطالبة الأرش بداهة أن الروايات الدالة على ثبوت خيار العيب للمشترى مع ظهوره بعد العقد قد اثبت جواز مطالبة الأرش مع عدم الرد مع كون ذلك ، أى مطالبة الأرس على خلاف القاعدة و من الواضح أن الروايات المستفيضة الدالة على جواز الردّ بالعيوب الثنوية ليس فيها تعرض بالأرش فلا يمكن الالتزام به مع كونه على خلاف القاعدة ، نعم لو قلنا الأرش ثابت على طبق القاعدة لكونه كالجزء من الثمن فمع نقص ما يقابله من وصف الصحة فيرد ذلك الجزء مع القول بأن مادة تلك العيوب الحادثة فى السنة انما هى ثابتة قبل السنة فللقول بالأرش مع عدم الرد وجه وجيه و لكن قد عرفت انفا أن الأرش ليس جزء من الثمن والاّ كان البايع من الأول مشغول الذمة على ذلك ، مع أنه لا يثبت الاّ بالمطالبة ·

و ثانيا : أن الأوصاف مطلقا لا تقابل بالثمن كما لا يخفى ، وأما الثانى فقد عرفت قبيل هذا أن عيوب السنة قد تعرض للعبد لعارض فى نفس تلك السنة من غير أن يكون مادتها قبل البيع كما هو واضح ·

قوله : خاتمة فی عیوب متفرقة ·

أقول : قد ظهر المیزان الکلی فی جواز الرد بالعیوب ولکن قد تعرّض المصنف للعیوب المتفرقة فنتعرض لها تبعا له ، منها أنه ذکر فی التذکرة أن الکفر لیس عیبا فی المملوك و الظاهر أن الکفر ان کان مثل التوثن والتمجس فلا شبهة فی کونه عیبا فی الجاریة لکونه مانعا عن الاستمتاع و أما اذا کان مثل التهوّد و التنصّر فلا یکون لجواز الاستمتاع منها ·

و توهّم کون النجاسة فیهما عیبا واضح الفساد بداهة عدم کون المنافع المستفادة من المملوك منحصرا بما یتوقف علی الطهارة علی أنه لیس بمسلمیة النجاسة لکونه من أهل الکتاب و قد اشکل غیر واحد فی نجاستهم علی أنه یمکن أن یکون العبد الیهودی مطلوبا لبعض الناس فانه یری أن واجبات العبد تشغله مقدارا من الزمان فهو یرید أن لا یکون کذلك لکونه غیر مبال فی الدین کما تقدم ذلك فی الخصی و کیف کان أن الکفر لا یوجب نقصان مالیة المملوك فلا یکون عیبا یترتب علیه احکام العیوب ، کما لا یخفی ·

و منها أن یکون العبد أو الأمة محرمة الانتفاع علی المشتری کما اذا کان ممن ینعتق علیه أو کانت الأمة اخت زوجته ، فانه لا یجوز الجمع بین الاختین أو کانت رضاعیا له ، وغیر ذلك من الجهات المحرمة ، و لکن الظاهر أنه لیس بعیب لعدم نقص فیه ، بل المانع من قبل المشتری ·

منها ما لو کان المبیع متهما بالوقفیة و ان لم یثبت ذلك شرعا فان ذلك یوجب نقص مالیته و قلة رغبة الناس الیه ، و هذا واضح ·

و منها الصیام و الاحرام والاعتداد و لکن شیء من ذلك لیس بعیب ·

و منها کونه نماما او ساحرا أو قاذفا و نحو ذلك ، و الظاهر أن هذه الأوصاف اذا کان بحیث ینجر الی الفتنة و الفساد فهی عیب فیه ، و الاّ فلا ، فانه لا یخلو منها نوع البشر احیانا و قل عبد یکون عادلا ، بل الاحرار کذلك ·

القول فی الارش

قوله: القول فی الأرش.

أقول: ذکروا أن الأرش فی اللغة هو ما یؤخذ بدلا عن نقص مضمون و دیة الجزء الفائت و لا شبهة فی اطلاقه علی المقام و هو تفاوت القیمة بین المعیب و الصحیح من الثمن أو المثمن، و ان کان الغالب أن ذلك یثبت فی المبیع فان الثمن غالبا یکون من النقود فلا یکون معیبا و لا داعی للبحث عن ذلك، بأنه علی نحو الاشتراك اللفظی أو المعنوی، بل المهم هو التکلم فی جهات:

الجهة الاولی: فی ان الأرش هل یثبت فی المقام علی طبق القاعدة، أو علی خلاف القاعدة لا شبهة فی أنه یجوز للبایع جبران عیب المبیع و انما الکلام فی أن للمشتری الزامه علی ذلك أو لا؟ فان کان علی طبق القاعدة فله الزامه علی ذلك، و الاّ فلا، الظاهر أنه یثبت علی خلاف القاعدة، فأنه لا دلیل علی کونه علی حسب القاعدة أصلا فان الوجه فی کون الأرش علی طبق القاعدة هو أن یکون وصف الصحة الذی یفقد فی المعیب أن یقابل بجزء من الثمن کما أن اجزاء المبیع تقابل بالثمن، فکما أنه اذا فات جزء من المبیع ینقص من الثمن ما یقابله لانحلال الثمن الی کل جزء جزء، وکذلك اذا فات من المبیع وصف الصحة فیکون الثمن ناقصا منه بمقدار ما یقابل من هذا الوصف و لکن لا دلیل علی ذلك من بناء العقلاء و الشرع أصلا.

أما بناء العقلاء فواضح، فانه لیس منهم بناء علی کون وصف الصحة مقابلا بالثمن لیکون الأرش ثابتا علی طبق القاعدة و مع عدم مقابلته بالمال لیس هنا بناء آخر علی الأرش و اخذ جزء من الثمن علی تقدیر انتفائه.

و أما من الشرع فلم يصل الينا ما يدل على ذلك، وعليه فلا دليل على كون وصف الصحة مقابلا بالمال ليلزم من انتفائه كون الأرش على طبق القاعدة و من هنا لو لم يطالب المشترى الأرش لم يكن البايع مشغول الذمة على ذلك مع أنه لو كان وصف الصحة يقابل بجزء من الثمن لكان البايع مع عدم التفات المشترى الى ذلك وعدم مطالبته مشغول الذمة على ذلك، مع أنه ليس كذلك، فيعلم من جميع ذلك أن الأرش لم يثبت على طبق القاعدة، بل هو ثابت بعنوان الغرامة لدليل خاص يقتضيه، و من هنا لو وقعت المعاوضة بين المعيب و الصحيح و كانا من جنس واحد ربوى لا يلزم الربا مع أن الصحيح زائد عن المعيب بوصف الصحة، و لو زاد على المعيب فى مقابل وصف الصحة شئ لزم منه الربا فيعلم من ذلك أن وصف الصحة لا يقابل بالمال، و هذا بخلاف ما كان جزء من المبيع ناقصا فانه يقابل بالمال فيكون البايع مع عدم رجوع المشترى اليه بغير التفات مشغول الذمة و هكذا فيكون نقصان الثمن هنا على طبق القاعدة كما هو واضح.

وعلى الجملة لا دليل على كون ثبوت الأرش على طبق القاعدة فيكون ثبوته على خلاف القاعدة فيكون الثمن بأجمعه ملكا للبايع بمجرّد البيع و على هذا فلا يلزم من انتفاء الوصف الاّ خيار تخلف الوصف و الشرط، فان مرجع تخلف الوصف الى تخلف الشرط و لكن التزم السيّد (ره) فى حاشيته بأن الأرش على طبق القاعدة مع تسليمه جميع ما ذكرنا من عدم كون الوصف يقابل بالمال و نحو ذلك بدعوى أن للمعاملة مرحلتان مرحلة الظاهر و الانشاء و مرحلة اللب و لا شبهة أن وصف الصحة و ان لم يقابل بالمال فى المرحلة الاولى و لكنه يقابل بالمال فى المرحلة الثانية بمعنى أن زيادة بعض الثمن انما هى بلحاظ الوصف المذكور فتمام الثمن فى عالم الانشاء جعل فى مقابل نفس العين و ليس شئ منه فى مقابل الوصف لكن فى عالم اللب بعض ذلك الثمن

الذی جعل فی مقابل نفس العین مقابل للوصف فاذا فرض تخلفه وجب علی البایع أن یغرم مافات من المشتری و ما اغترم فی عالم اللب بملاحظة ذلك الوصف فبالتخلف لا یلزم الانفساخ لأن الفرض کون تمام الثمن فی مقابل العین المفروض وجودها و لکن لما کان المشتری قد اغترم من جهة ذلك الوصف و أعطی ما لا مقابل له فی ذلك العالم له أن یرجع علی البایع ولهذا أن لا یرجع و لذا لا تشتغل ذمة البایع علی الأرش من حین العقد ، بل من حین المطالبة کما هو واضح ٠

أقول : لا نفهم معنی محصلا لذلك فانه کلام شبیه بالعرفان فانه لیس لمعاملات عالمان عالم الظاهر و عالم الباطن ، بل ذکرنا مرارا أنها أمور اعتباریة و حقیقتها قائمة بالاعتبار فما وقع فی مقابل الثمن من العین واقع فی مقابله ظاهرا و لبّا کالاجزاء مثلا فما لم یقع فی مقابل الثمن لا یقع فی مقابله أیضا ظاهرا و لبّا کاوصاف الصحة ٠

وعلی الجملة فللمعاملات جهة واحدة لا جهات کثیرة ، نعم قد یکون الاوصاف داعیة الی زیادة الثمن فی عالم اللبّ و لکنها غیر مختصة بأوصاف الصحة ، بل تجری فی أوصاف الکمال أیضا فان جمیع الاوصاف داعیة الی الثمن کما هو واضح ٠

وعلی هذا فالأوصاف لا تقابل بالمال أصلا نعم هی موجبة لزیادة المالیة ، بل تکون فی بعض الاحیان تمامیة المالیة بذلك بحیث لا تکون للمادة مع قطع النظر عن الصورة و الوصف مالیة أصلا و مع ذلك لا یکون الوصف مقابلا بالمال ٠

وعلی هذا فالأرش لیس علی طبق القاعدة ، بل هو غرامة انما ثبتت بالاخبار الخاصة وعلی هذا فلابدّ فی کیفیة ثبوته من الرجوع الیها من انه هل هو التفاوت بین المعیب و الصحیح واقعا أو هو التفاوت بین الصحیح

و المعيب بالنسبة الى هذه المعاملة٠

و الاخبار الواردة فى المقام على ثلاث طوائف فان فى بعضها أنه يرد قيمة العيب و بعضها مشتمل على أخذ أرش العيب و بعضها مشتمل على استرداد مقدار العيب من الثمن و قد اشار السيد الى هذه الاخبار فى حاشيته و ظاهر جميع ذلك وجوب رد تمام قيمة العيب فى هذه المعاملة ان كان قد دفع المشترى الثمن الى البايع و نقص مقدار العيب من الثمن ان كان لم يدفع الثمن اليه بعد٠

و الحاصل : أن المراد من التفاوت تارة يكون هو التفاوت ما بين الصحيح و المعيب، بالفعل أى عند ظهور العيب من غير ملاحظة التفاوت بينهما حال العقد بأن تقوّم الجارية مثلا بالنسبة الى القيمة الواقعية خمسين دينارا صحيحة و خمسة و عشرون دينارا معيبة و كان أصل الثمن خمسة و عشرون دينارا فأنه لو كان المراد من رد التفاوت ما بين الصحيح و المعيب بحسب القيمة الواقعية كان اللازم هو رد تمام القيمة و هو خمسة و عشرون دينارا ، بل ربما يلزم رد الزائد عن أصل القيمة وهذا لا يمكن الالتزام به لا من جهة لزوم الجمع بين العوض و المعوض فانه لا محذور فيمع دلالة الدليل كما ثبتت نظير ذلك فى جناية العبد فان الجناية لها مقدر شرعا و ربما يكون ذلك المقدار ازيد بمراتب من قيمة العبد لكونه مريضا أو هرما أو نحو ذلك فهل يتوهّم أحد ان هنا يلزم الجمع بين العوض و المعوض ، بل المأخوذ انما هو بعنوان الغرامة فلا بأس بكونه أزيد من القيمة كما هو واضح على انك قد عرفت أن الاوصاف لا تكون مقابلة بالثمن و انما الثمن قد وقع فى مقابل العين و عليه فيكون المردود لأجل نقصان الوصف غرامة لا قيمة حتى يلزم الجمع بين العوض و المعوض كما هو واضح ٠

نعم ، بناء على كون الاوصاف تقابل بالثمن يلزم للكفان الأرش المأخوذ

یکون أزید من الثمن الذی یقع فی مقابل الوصف فیلزم الجمع بینهما و هذا هو الحل فی عدم لزوم الجمع بینهما فی باب الجنایة أیضا، بل المانع عن هذا الاحتمال هو عدم ظهور الاخبار فیه و عدم مساعدة الفهم العرفی علی ذلك حیث ان الظاهر منها و بمقتضی الفهم العرفی هو أن التفاوت هو التفاوت بین المعیب و الصحیح بالنسبة الی هذه المعاملة فان الفهم العرفی قاض بان المشتری لابدّ له أن یطالب من البایع ما نقص علیه من قیمة العین بالنسبة الی هذه المعاملة لكونها ربطا بینهما و أما القیمة الواقعیة فلا ترتبط بینهما أصلا و یؤید ذلك التعبیر برد جزء من الثمن فی بعض تلك الاخبار مع انك قد عرفت أن التفاوت بالنسبة الی القیمة الواقعیة قد یكون ازید من مجموع الثمن فلا تصل النوبة الی رد جزء من الثمن.

و أما ارادة التفاوت بالنسبة الی القیمة الواقعیة لا وجه له كما لا وجه للجواب عنه بحمل الاخبار علی الغالب من عدم تفاوت القیمة السوقیة مع اقل القیمة حال العقد من جهة كون الرد بقرینة علی ذلك كما صنعه المصنف أی یكون التعبیر بالرد من الثمن قرینة علی أن المراد من التفاوت هو التفاوت بالنسبة الی هذه المعاملة و الاّ قد لا یكون هنا رد كما فی المثال الذی ذكره المصنف و ذلك لاحتمال أن یكون الرد أیضا محمولا علی الغالب كما هو واضح.

و علی الجملة هنا احتمالان:—

أحدهما: أن یكون المراد من التفاوت هو التفاوت ما بین الصحیح و المعیوب بالنسبة الی هذه المعاملة.

و الثانی: أن یكون المراد هو التفاوت بالنسبة الی القیمة الواقعیة و اطلاق الأخبار و ان كان یشمل كلیهما و لكن مقتضی الارتكاز العرفی ینصرفه الی الشق الأول فتكون ظاهرة فیه كما هو واضح.

و من هنا تعرف ما فى عبارة المصنف من الخلط حيث انه اشار الى الاحتمال الثانى بقوله ، نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء كأكثرالنصوص توهم ارادة قيمة المعيب كلها فان هذا الاحتمال و مورد اراد ةقيمةالمعيب كلها لم يقل به احد كما هو واضح و الظاهر أن النسخة الصحيحة هوقيمةالعيب و مع ذلك لا يصح لمكان كلمة ازيد بعده ٠

و الحاصل : قد ذكرنا سابقا أن الثابت بحسب بناء العقلاء هو كون المبيع واجدا لاوصاف الصحة و أنها معتبرة فيه مع السكوت عن الاشتراط و اذا كان كذلك أو اشترط المشترى ذلك على البايع فلا شبهة فى أنه يثبت للمشترى خيار تخلف الشرط لذلك ،فان بناء العقلاء على اعتبار الوصف ٠

و أما الأرش فلم يثبت بناء من العقلاء على ثبوت الأرش و الاّ لكان البايع مشغول الذمة من الأول و ليس كذلك بل يكون الثمن باجمعه ملكا للبايع، بمجرد البيع، و مما يؤيد ذلك ما ذكرناه فى أول الخيارات من أن الأرش لا يثبت ابتداء ، بل انما يثبت مع عدم الرد ،و فى طوله مع أنه لوكان الأرش على القاعدة لكان ثابتا من الأول و كان المشترى مخيرا بين الردّ و الأرش ، من الاول فلابدّ ح من الرجوع الى الأخبار و الظاهر منها بحسب الفهم العرفى هو أن المشترى يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح و المعيب بالنسبة الى هذه المعاملة لا التفاوت بحسب القيمة الواقعية ٠

و من هنا لم يذهب احد الى ذلك و ان كان ظاهر الأخبار بحسب النظرة الأولى يساعد على الاحتمال الثانى و لكن يزول بالتأمل فيها فان المفروض فى هذه الأخبار عدم وجود الخلل فى المعاملةمن غيرجهةالعيب كالغبن و نحوه فتكون المعاملة المفروض فيها كون المبيع معيبا محمولة على المعاملة المتعارفة و هى أن يكون ذلك بثمن متعارف فاذا كان هنا أرش فنسئل عن حكم ما يكون الثمن فيه قليلا بان اشترى المشترى المبيع الذى

يسوى بخمسين بخمسة كما يتفق ذلك احيانا أو اشتراه بثمن متعارف ولكن ترقى وكان بقيمة أغلى الى زمان ظهور العيب،فان قلنا بكونه خارجا عن حدود هذه الأخبار بحيث لم نلتزم بالأرش هنا .

وقلنا أن الأرش انما هو فى المعاملات المتعارفة لكون الأخبار ناظرة الى حكمها فهو بعيد فلا يمكن الالتزام به .

وان قلنا أن الأخبار انما هى تبين حكم المعاملات المتعارفة من جهة كونها هى الغالب لا أنها مختصة بها ، بل هى تبين الميزان الكلى فى جميع المعاملات فالمعاملات الغير المتعارفة أيضا على حسب المعاملات المتعارفة فيكون المناط فيها هو ملاحظة أصل الثمن وأخذ التفاوت بالنسبة الى أصل الثمن بحسب نسبة التفاوت الى القيمة الواقعية .

وعلى الجملة المفهوم من هذه الروايات هو الرجوع الى التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب أصل ثمن المعاملة نسبة التفاوت الى الصحيح و المعيب الى القيمة الواقعية على أنه هو المشهور بين الاصحاب ، بل لم يذهب الى الاحتمال الرجوع الى التفاوت بحسب القيمة الواقعية أحد .

الجهة الثانية : فى ان الأرش هل يجب أن يكون من نفس الثمن أو يجوز أن يكون من غيره أيضا الظاهر أنه لا يجب أن يكون نفس الثمن فانه بعد ما قلنا أن الأرش أمر ثبت على خلاف القاعدة فليس ثابتا على طبق القاعدة لا يلزم أن يكون من نفس الثمن فان الثمن يكون ملكا للبايع بمجرد العقد فلا دليل على اجبار البايع على اعطاء الأرش من ذلك المال الخاص وانما هو غرامة ثبتت بدليل خاص فللبايع ان يعطيه من غير الثمن أيضا ولكن المتوهم من بعض الروايات أنه لابدّ و أن يكون الأرش من نفس الثمن خصوصا من رواية زرارة التى هى المستند لنا فى خيار العيب وقد عبّر عنها المصنف بالصحيحة حيث ذكر فيها أنه يضع له من ثمنها بقدر عيبها ولكن هذا التوهم

فاسد فان المفروض فی هذه الرواية و امثالها أن الثمن لم يرد الى البايع بل هو عند المشتری بعد وعليه ان الثمن قد يكون كليّا كما هو الغالب فان البايع يبيع متاعه بالثمن الكلی نوعا و لا يعين ثمنا خاصا شخصيا ، فعلى الأول يقع هنا تهاتر قهری حيث ان المشتری يطلب مثل ما يطلب منه البايع فبمقدار الأرش يقع التهاتر كما هو واضح ·

وعليه فيصح ان يقال يضع له من الثمن بقدر العيب و ان كان الثمن شخصيا كما هو غير الغالب و ح و ان كان ما يطلبه البايع من المشتری عينا شخصية و يجوز للمشتری ان يدفعه الى البايع ثم يطلب منه حقه ولا يكون هنا تهاتر قهری و لكن لا يجب عليه ذلك بل له أن يطبق الكلی الذی يطلب من البايع على هذا الشخص المعين الخارجی كما هو واضح ·

و كيف كان لا شبهة فی أن الأرش غرامة على ذمة البايع بعد مطالبة المشتری فلا يتعين أن يكون من عين الثمن ·

نعم ، بناء على كون الأرش على طبق القاعدة لزم أن يكون من عين الثمن كما هو واضح ، و أما فی بقية الروايات فالمذكور فيها هو أن يرد البايع على المشتری فضل ما بين الصحيح و المعيب و ليس فيها ما يشعر بكون المردود من الثمن ·

الجهة الثالثة : هل يعتبر أن يكون الأرش من النقود أو يكفی كونه من غيرها ايضا؟ الظاهر من الأخبار الدالة على ثبوت الأرش هو أن يكون ذلك من النقود فان المستفاد من مجموعها هو أن البايع يرد التفاوت ما بين الصحيح و المعيب سواء كان المراد من التفاوت هو التفاوت بالنسبة الى القيمة الواقعية أو بالنسبة الى هذه المعاملة الخاصة ومن الواضح أن التفاوت انما يعلم بالمالية المحضة فان تقويم الاشياء و العلم بقيمتها انما هو بماليتها و ما هو متمحض بالمالية فقط ، انما هو النقود فيكون الثابت بالأخبار هو

النقود ، فالاكتفاء بغيرها يحتاج الى دليل فلم يثبت ذلك حتى لوكان الثمن من الأعيان فانه مضافا الى ما ذكرناه أنه لم يتعارف أن يقطع من الفراش الذى نفرضه ثمنا لشيء زراعا بعنوان أنه أرش ·

نعم اذا رضى المشترى بذلك فلا بأس به و ان كان الأرش من غير جنس الثمن ، سواء كان الثمن عينا أو نقدا ·

و لكن يبقى البحث فى أنه مع رضاء المشترى يكون الارش عينا هل يكون الأرش هو ذلك الشيء ابتداء كما فى حاشية السيّد أو بدله فانه بناءعلى الثانى تكون هنا معاوضة ضمنية و الاّ فيكون الثابت هو الأرش وهذا البحث لا تمر له(و تظهر ثمرته فيما اذا اشترط شيء فى ضمنه فانه بناءعلى المعاوضة لا يكون للشرط ابتدائيا و الاّ فيكون ابتدائيا مقرر) الاّ عمليّا و مع ذلك نقول ان الأرش و ان كان على خلاف القاعدة و لكن قلنا ان اللازم على البايع هو اعطاء النقد وعليه فالرجوع الى غير النقد و لو كان رضاء المشترى يحتاج الى معاوضة جديدة فيكون الثابت أولا بعنوان الأرش هو النقد ثم يبدل ذلك بالمتاع بحسب رضاء المشترى بعنوان المعاملة الجديدة ويكون ذلك تجارة اخرى عن تراض ·

الجهة الرابعة : أنه ذكر المصنف (ره) (أنه قد تبّين مما ذكرنا فى معنى الأرش أنه لا يكون الاّ مقدارا مساويا لبعض الثمن و لا يعقل أن يكون مستغرقا له) هذا هو المتعين و الوجه فى ذلك أنا و ان ذكرنا مرارا أنه لا دليل على اعتبار المالية فى المبيع، بل يمكن بيع غير المتمول لغرض شخصى عقلائى قد تعلق بذلك كما اذا اشترى خط أبيه بقيمة جزاف مع عدم رغبة أحد اليه لغرض له لحفظ خط أبيه فانه مع عدم كونه من الاموال جاز له شرائه الاّ أنه مع ذلك لا مناص عما ذكره المصنف هنا من عدم معقولية استيعاب الأرش القيمة بحيث تبقى العين للمشترى بلا قيمة ، و ذلك لأن المستفاد من

أخبار الأرش هو ردّ مقدار من الثمن أى بمقدار الذى نقصه العيب على حسب المتعارف فان النقصان انما يعلم بحسب يقيم أهل الخبرة من أهل العرف و من الواضح أنه لا يتحقق ذلك الاّ فى الاشياء التى هى أموال فى نظر العقلاء فان غير الأموال لا قيمة لها عند العقلاء حتى يتقوم عندهم و يرد ما ينقصه العيب و ان كان لها قيمة عند المشترى بحسب النظر الشخصى فيكون مورد الأرش بحسب هذه الأخبار هى الاموال و على هذا فكلما ينقص من المال بحسب العيب فلابدّ و أن يبقى للمعيب شئ من الثمن ، فان المفروض هو ملاحظة التفاوت بحسب هذه المعاملة لا بحسب القيمة الواقعية وعلى هذا فلا يعقل ان يكون الأرش مستوعبا لجميع الثمن كما ذكره المصنف.

و حاصل : الكلام فى الجهة الأولى هو أنه قد ذكرنا سابقا أن أوصاف الصحة مما هو معتبر فى العقد سواء ذكرت عند العقد أم لم يذكر، وبهذا يفترق الحال بينها و بين أوصاف الكمال و على كل تقدير أى سواء ذكرت فى ضمن العقد أم لا ؟ فيلزم من تخلفها خيار تخلف الوصف و الشرط اذ اعتبر فى المبيع ذلك بحسب الارتكاز و بناء العقلاء و من الشروط الضمنية فيكون تخلفه موجبا للخيار كما هو واضح .

و أما أنه هل يوجب ثبوت الأرش أو لا يوجب ذلك و قد ذكرنا أنه أى الأرش لا يثبت بحسب بناء العقلاء أصلا ، بل هو أمر تعبدى محض وغرامة خاصة قد ثبت بالتعبد الشرعى و أما كيفية ثبوته من أنه هو التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب القيمة الواقعية أو التفاوت بينهما فى هذه المعاملة بأن يقوم الصحيح و المعيب و تؤخذ نسبة ذلك التفاوت من أصل الثمن وأما هذه الكيفية فلم تظهر من الاخبار ، بل الظاهر من بعضها بدواً هو الاحتمال الأول و ان كان بعضها ساكتا عن ذلك ، بل يدل على أخذ ما نقصّه العيب .

و أما ما فى بعض الأخبار من أنه يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان

كان فيها كما فی رواية ابن سنان و يضع له من ثمنها بقدر عيبها كما فی رواية زرارة و فی روايات أخری أيضا يردّ عليه بقيمة أو بقدر ما نقصه العيب فربما يتوهم منها أن المراد من الثمن هو الثمن فی هذه المعاملة بدعوی أن ردّ مقدار من الثمن قرينة علی أن المراد منه ذلك فانه هو الذی اعطاها المشتری للبايع فحكم الامام عليه السلام برد مقدار الثمن يكون قرينة علی أن المراد هو ذلك الثمن و لكن لا ظهور فيها فی أن المراد من التفاوت هو التفاوت بين الصحيح والمعيب بحسب ثمن العين فی هذه المعاملة و ذلك فان هذه الأخبار باجمعها انما تبين حال المبيع صحيحه و معيبه بحسب القيمة المتعارفة و ذلك لأن المفروض فيها أن المعاملة لا محذور فيها من بقية الجهات من حيث الغبن و غيره الاّ من حيث اشتمال المبيع علی العيب و من الواضح أن الغالب فی المعاملات الواقعة علی الميزان المتعارف و لم تشتمل علی الغبن و نحوه هو تساوی قيمة المبيع بالنسبة الی هذه المعاملة و الی القيمة الواقعية و علی هذا فحكم الامام عليه السلام برد مقدار من الثمن أو وضعه من جهة الغلبة و ان الغالب هو تساوی القيمة الواقعية مع قيمة هذه المعاملة ٠

و بعبارة أخری أن هذه التعبيرات و ان كان الظاهر منها أن المردود لا يكون اكثر من أصل الثمن لمكان قرينية كلمة الرد و الوضع فی ذلك و أن هذا لا يكون الاّ فی ثمن العين بالنسبة الی هذه المعاملة لأن التفاوت بحسب القيمة الواقعية ربما يكون أزيد من أصل ثمنها بالنسبة الی هذه المعاملة و لكن نقول أن هذا لا يدل علی ذلك فان الغالب هو تساوی القيمتين فی المعاملات المتعارفة الغير الواقعية علی الغبن و نحوه بل هو من جهة تساوی القيمة الواقعية للعين مع قيمتها فی هذه المعاملة فلأجل هذه التساوی يكون ردّ التفاوت ما بين الصحيح و المعيب بحسب القيمة

الواقعية ردا لمقدار من الثمن الذى هو التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب هذه المعاملة و لا يخفى أن الغلبة التى ندعيها فى المقام ليس هو غلبة الأفراد و الاّ فلا نجوز حمل المطلق على الفرد الغالب، بل الغلبة من جهة أن هذه الروايات تبيّن حكم المعاملة مع فرضها حاوية لبقية الجهات كما هو المتفاهم العرفى و الاّ فمجرّد تساوى القيمتين بحسب الخارج لا يجوّز حملها على الغالب.

و بعبارة أخرى أن ورود الروايات انما هو لاجل بيان حكم المعيب فقط فلابدّ و أن يفرض أن المعاملة من بقية الجهات تامة و على هذا قلما تكون قيمة الواقعية غير مساوية مع قيمة العين فى هذه المعاملة، وأما الفرض النادر و هو أن يكون قيمة المبيع فى هذه المعاملة اقل بمراتب من القيمة الواقعية أو اضعاف قيمة العين بحسب القيمة الواقعية فهو خارج عن محط الروايات و هذا هو محل الكلام فى المقام من أنه مع الاختلاف فالقاعدة فى أخذ الأرش هل هو التفاوت بحسب القيمة الواقعية أو بحسب هذه المعاملة ؟ و هذا فالالتزام بأن الأرش مختص بخصوص المعاملات المتعارفة التى كانت القيمتان فيها متساويتين بعيد جدا ، بل لم يلتزمه أحد فيما نعلم من العامة و الخاصة.

و لم يعهد من أحد ان يلتزم بثبوت الأرش فى المعاملات فقط و عليه فحكم المعاملات المتعارفة انما هو معلومة بهذه الأخبار و أنها مسوقة لذلك و حكم المعاملات الغير المتعارفة التى كان الثمن فيها قليلا جدا أو كثيرا كذلك و لم يكن متوسطات معلومة بالقطع بعدم الفرق بينها و بين المعاملات المتعارفة هذا فاغتنم.

و السّر فى ذلك و أن المراد من القيمة ليست القيمة الواقعية ، بل القيمة فى هذه المعاملة سواء فى المعاملات المتعارفة كما هو يقتض الأخبار

أو فی المعاملات الغیر المتعارفة کما هو مقتضی القطع و السّرهوأن الضمان هنا أی الضمان بالأرش لیس هو ضمان الید بحیث یکون ذلك بمقتضی الید التی ثبتت علی مال الغیر و تلفت تحتها کما اذا أخذ دابةأحد بغیر اذنه و کسر رجله أو متاعه فاتلفه، فان الضمان هنا ضمان ید، فلابدّ و أن یخرج التالف عن عهدة للمتلف، فیقوم ذلك و تؤخذ منه القیمة الواقعیة وفی فرض التعیب یؤخذ منه التفاوت بین الصحیح و المعیب بحسب القیمة الواقعیة فان المال علی قیمته الواقعیة داخلة تحت ضمان الید فیخرج من عهدته و لیس ذلك الضمان ضمان المعاوضة أیضا بأن یکون ذلك مضمونا بحسب المعاملة أیضا کما اذا اشتری عشرة امنان من الحنطة کلیة و أسلم البایع تسعة امنان فان منا واحدا هنا مضمون علی البایع ضمان معاملة فلابدّ له من تسلیمه الاّ اذا کان المبیع شخصیا فانه لا یلزم تسلیمه فان الموجود الخارجی الشخصی الذی هو مبیع قد باعه البایع بما أنه عشرة أمنان فظهر تسعة فیکشف من ذلك عدم وجود المبیع أصلا بالنسبة الی من واحد وهکذا فی کل مورد یکون جزء من المبیع ناقصا فان ضمان البایع لذلك ضمان معاملی أی بحسب اقدامه علی بیع ذلك صار ضامنا له.

و أما عدم کون ضمان الأرش ضمان ید فواضح لعدم دخوله تحت ضمان البایع بالید بحیث یکون المبیع ملکا للمشتری و أخذه البایع عدوانا و أوجب نقصا فیه لیکون ضامنا حسب ضمان الید و أنها عدم کونه من قبیل ضمان المعاوضة فلعدم کون الوصف مقابلا بالمال حتی یکون البایع ضامنا ضمان معاملی مع ظهور المبیع فاقد اللوصف، بل الضمان هنا نحو آخر غیرهما فهو فی حکم ضمان المعاملی، فان غایة ما یستفاد من هذه الاخبار أن وصف الصحة بمنزلة الجزء الذی یقابل بالمال، لا حقیقة لما عرفت أن الوصف فی الحقیقة لا یقابل بالمال، بل حکما أی کما أن مقتضی نقصان الجزء یوجب

نقص الثمن بمقداره، و هكذا نقصان الوصف يوجب نقص مقدار من الثمن و على هذا فيكون الناقص بملاحظة أصل الثمن كالنقص الجزئي ، فان هذا لا يريد عما هو في حكمه فتكون القيمة ح هيَ القيمة بالنسبة الى هذه المعاملة، و الذي الجائي على هذا أنه لم يذهب أحد من العاملة و الخاصة الى أن المراد من القيمة هنا هي القيمة الواقعية ليكون التفاوت باعتبارها فيكون ذلك قرينة على عدم فهمهم ذلك من الأخبار، بل انهم فهموا القيمة في هذه المعاملة كما هو واضح .

و قد عرفت أنه ذكر المصنف (ره) أنه لا يعقل أن يكون الأرش مستوعبا للثمن و قد عرفت وجهه ثم فرض موردا لذلك في حصول العيب قبل القبض أو بعده، و في زمان الخيار بناء على كون الضمان فيهما على البايع.

و قال((نعم، ربما يتصور ذلك فيما اذا احدث قبل القبض أو في زمان الخيار عيب يستغرق للقيمة مع بقاء الشيء على صفة التملك بناء على أن مثل ذلك غير ملحق بالتلف في انفساخ العقد به، بل يأخذ المشتري أرش العيب و هو هنا مقدار تمام الثمن)) و عليه فتبقى العين في ملك المشتري ان كانت اضافة الملكية باقية و ان خرجت عن المالية و الاّ فتبقى تحت حقه فتكون العين متعلقة لحقه و لا تكون راجعة الى البايع، ثم اشكل عليه بان الحاقه بالتلف مشكل .

أقول : لا ربط لهذه الصورة بالمقام أصلا بداهة أن كلامنا في الأرش و مورده على ما يستفاد من الاخبار هو ان يكون الشيء معيبا قبل العقد كما ينادي بذلك رواية زرارة ايما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار الخ ، فان الظاهر منها ان العيب كان موجودا فيه قبل العقد و لا شبهةَ أن العيب الحادث في زمان الخيار أو قبل القبض خارج عن مورد أخبار الأرش وعلى هذا فان قلنا بكون العين في ذلك مضمونه على البايع فيحكم بضمانه بمعنى

أن المعاملة تنفسخ و يأخذ المشترى الثمن من البايع و يأخذ البايع العين من المشترى و ان لم يكن مالا ، بل و ان لم يكن ملكا أيضا بحيث خرجت عن الاضافة المالية و الملكية لا أن المشترى يأخذ الأرش و تبقى العين تحت يده أيضا كما هو مقتضى قانون أخذ الأرش و اذا فالضمان هنا ليس ضمان ارش ، بل ضمان خاص أجنبى عن الأرش و يفترق عنه بانفساخ العقد و رجوع العين الى ملك البايع ان كانت اضافة الملكية باقية و الاّ فتكون متعلقة لحقه فافهم ·

نعم ، يمكن تصوير ذلك بأنه اذا اشترى متاعا بثمن ككتاب شرح اللمعة و ظهر معيبا بحيث لو اصلح ذلك و ابقيت ماليته ليكون صحيحا كان مصرفه اكثر من أصل قيمة المعيب أو اشترى عبدا و ظهر مريضا وكانت قيمته خمسين دينارا و لكن كان مصرف مرضه بحيث يكون صحيحا مأة دينار فيكون الأرش فى مثل هذه التصويرات اكثر من قيمة أصل المعيب ·

و لكن الظاهر أن هذا أيضا لا تخلو عن المناقشة بداهة أنه مع ذلك أيضا لا تسقط العين عن المالية بالكلية بل هى باقية على ماليتها بمقدار فانها تقوم صحيحة ومعيبة فعلا و يؤخذ نسبة التفاوت ما بينهما من أصل الثمن لا أن مجموع قيمة الصحيح يؤخذ من البايع حتى يكون مستوعبا ·

و على الجملة فلا نعقل صورة يكون الأرش فيها مستوعبا للثمن ·

و بعبارة أخرى أن ما تصلح به العين المعيبة و ان كان يستوعب الثمن أو يكون أكثر منه الاّ أنه مع ذلك لا تخرج العين عن المالية ، بل لها قيمة أيضا فلا يكون الأرش مستوعبا للثمن كما هو واضح و ليس ذلك مثل الاعيان التى لا مالية لها و تسقط عنها كالخل الذى لا حموضة فيه ·

ثم انه ذكر المصنف أنه يظهر من العلامة فى كتبه أنه يلتزم بالأرش المستوعب فى العيب المتقدم على العقد فانه ذكر العلامة (ره) فى كتبه

مسألة بيع العبد الجانى الى أن قال و للمشترى الفسخ مع الجهل فيرجع بالثمن أو الأرش فان استوعب الجناية القيمة و الأرش ثمنه أيضا فان الظاهر من هذه العبارة أن فى صورة عدم الفسخ يكون الأرش الذى يأخذه من البايع للعيب الذى هو الجناية بمقدار الثمن فلذا عبر بكلمة أيضا غاية الامر أنه على المبنى الذى ذكرناه من كون الأرش غرامة يكون مساويا للثمن و لا يكون نفس الثمن و أما بناء على كون الأرش جزء من الثمن كان الأرش بعينه تمام الثمن.

أقول: تحقيق الكلام فى هذا الفرع الذى ذكره العلامة (ره) فى كتبه هو أن الجناية الصادرة من العبد على قسمين لانها قد تصدر منه خطاء و قد تصدر منه عمدا، أما الأول فلا شبهة فى أن العبد لا يكون متعلقا لحق المجنى عليه أصلا، بل دية الجناية على المولى اذا كان موسرا، نعم اذا كان معسرا و لم يقدر على اعطاء الدية كان للمجنى عليه أن يستوفى ذلك من نفس العبد بأن يسترقه ان كانت الجناية مستوعبة و الا يسترق بعضه هذا بالنسبة الى المجنى عليه و أما المشترى فان كان عالما فلا شىء على البايع لأنه قد اقدم بذلك مع علمه و رضاه، فلا يرجع الى البايع و ان كان جاهلا و لم يكن المولى معطيا للدية لاعساره فاسترقه المجنى عليه من المشترى فيرجع المشترى ح على البايع بما اغترمه للمجنى عليه وهذا واضح.

و أما الجناية العمدية فهى توجب كون العبد بنفسه متعلقا لحق الغير و من هنا يجعلون من جملة الحقوق حق الجناية و فى هنا أيضا لا يكون البيع باطلا مع وقوعه بدون اجازة المجنى عليه لما قد عرفت فى البيع أن كون شىء متعلقا لحق الغير كحق الرهن و الجناية و نحوهما لا يمنع عن صحة البيع سواء أجاز ذو الحق ذلك أم لا، فان غاية الأمر له أن يستوفى حقه من العين اينما وجدها و أما بطلان البيع فلا، و الفرض أن العين فى

ملك البايع أيضا فليس ملكا للمجنى عليه، بل له أن يسترقها و يدخلها فى ملكه لا أنها تصير ملكا له بمجرّد الجناية و أما المشترى فهو مع علمه بالحال ليس له شيء لأنه مع علمه بالحال قد اقدم على ذلك و أما مع الجهل فله الفسخ أو مطالبة الأرش.

و توهّم سقوط المملوك عن المالية فى صورة الجناية العمدية مع جهل المشترى لكونه معرضا للخطر فاسد فانه لو كان كذلك كان للعلامة أن يحكم بالبطلان فى صورة العلم مع أنه لا يحكم بذلك فلاحظ كلامه و الوجه فى ذلك أنه ممن يعتبر المالية فى المبيع و ان لم نعتبرها فى ذلك على أن توهم سقوطه عن المالية بلا وجه فان مجرد احتمال أن المجنى عليه يستوف حقه منه بقتله و نحوه لا يخرجه عن المالية لاحتمال أن لا يستوفى أصلا، فافهم.

قوله : مسئلة : يعرف الأرش.

أقول : لما عرفت أن النقص لعيب و عوار يوجب جواز مطالبة المشترى الأرش من البايع.

و أما طريق معرفته انما هو بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما فيؤخذ من البايع بنسبة ذلك التفاوت هذا اذا كانت القيمة معلومه.

و أما اذا لم تكن القيمة معلومة فلابدّ من الرجوع الى العارف بها وقد قسّم المصنف ذلك الى ثلاثة اقسام :

الأول : أن تكون القيمة معرفوة و معلومة عند أهل البلد من غير احتياج فى معرفتها الى أهل الخبرة و لكن البايع و المشترى جاهلان بها فيسئلان ممّن هو عارف بها و يخبر عن القيمة المتعارفة بين الناس بأن يخبرون أن هذه الحنطة فى السوق يباع كذا و هذا القسم داخل فى الشهادة فيعتبر فيها التعدد.

القسم الثانى : أن لا تكون القيمة معلومة فى السوق لعدم وجوده فيه أصلا ، و يخبر المخبر عن القيمة بحدثه من جهة ملاحظة اشباهه و نظائره و ان كان من غير جنسه لأنه من اهل الخبرة يعرف قيمة الأشياء بملاحظة الاوصاف و الخصوصيات الموجودة فيها ، كما اذا كان المبيع تذكرة العلامة بخطه و ظهر معيوبا فانه ليس له نسخ كثيرة فى السوق حتى يعرف قيمتها منه ، بل هو منحصر بنسخة واحدة فاخبار المخبر بقيمتها من جهة حدسه و بملاحظة اوصافها من حيث نظائرها من الكتب الخطية و هذا خارج عن موضوع الشهادة و الاخبار ، بل هو من صغريات اخبار أهل الخبرة كالطبيب و نحوه ، و قد ثبت حجية قوله ببناء العقلاء ومن ذلك الرجوع الى قول المجتهد فانه من أهل الخبرة مع قطع النظر عن الروايات الواردة فى حجية قوله كما هو واضح .

القسم الثالث : ان تكون قيمة المبيع بحسب اجناسه معلومة فى السوق و لكن لا يعلم أنه من قسم الردى أو من قسم الجيّد ، فالخبر يخبر على الانطباق أى انطباق الصحيح بالمبيع و الردى عليه ، و الاّ بعد العلم بكونه من أيهما فالقيمة معلومة ، فالجهل انما هو فى الانطباق فهذا داخل أيضا فى أهل الخبرة فان الاطلاع بذلك الخصوصية التى توجب الانطباق يجعلها أهل خبرة ، فقد قام بناء العقلاء على قبول قوله كما عرفت فى سابقه .

وعلى الجملة القسم الأول من قبيل الشهادة و القسمين الاخيرين من باب قبول قول أهل الخبرة أما القسم الأول فلا شبهة فى حجيته مع وجود شروط الشهادة فيه و أما بقية الاقسام فكك أيضا لوجهين على سبيل مانعة الخلو فانه اما من جهة أن دليل حجية خبر الواحد يشمل جميع أقسام الاخبار سواء تعدد المخبر أم لا ، و سواء كان الاخبار عن الموضوعات أو عن الاحكام المتعددة كباب المرافعات المسمى بباب الشهادة و نحوه ، و

قد ذكرنا ذلك فى محله و أن دليل حجية الخبر من بناء العقلاء و غيره يقتضى حجية الخبر بقول مطلق و أن اعتبار بعض القيود من جهة الدليل الخارجى أو من جهة أن بناء العقلاء قائم على اعتبار الوجهين الاخيرين أيضا من جهة حجية قول أهل الخبرة على أن الوجه هو الذى قلنا من شمول حجية خبر الواحد بجميع أقسام الخبر سواء كان فى الموضوعات أوفى الاحكام و اعتبار التعدد فى باب المرافعات و نحوه المسمات بباب الشهادة ،انما هو بدليل خاص و أنه خرج عن ذلك الأصل بدليل و الاّ فقول العادل الواحد يقبل فى جميع ذلك كما لا يخفى ٠

ثم اذا لم يوجد المقّوم فهل يكتفى بمطلق الظن أو يؤخذ الاكثر، أو يكتفى بالاقل ، أما الأول فمن جهة حجية الظن عند انسداد باب العلم و أما الثانى فلان ذمة البايع مشغولة بالأرش مع مطالبة المشترى، فلا تبرئ ذمته الاّ باداء الاكثر ،و أما الثالث فلكونه هو المتيقن ،فالظاهر هو الاخير لما عرفت مرارا فى الأصول و غيره أن الشك فى أمثال ذلك فى أصل اشتغال الذمة بالاكثر من الأول لا أن الذمة اشتغلت و نشك فى برائتها باعطاء الأقل و عليه فالمتيقن هو اعطاء الاقل كما هو واضح ٠

مسألة فى تعارض المقومون

قوله : مسئلة : لو تعارض المقومون فيحتمل تقويم بينّة الأقل للاصل ٠

أقول : قد عرفت أنه لابدّ فى معرفة الأرش من الرجوع الى المقوم من جهة كونه من أهل الخبرة فاذا عرف الحال بالرجوع اليه فيها ،واذا اختلف المقومون فماذا تقتضيه القاعدة ،أقول : أذا اختلف البايع والمشترى فى القيمة بأن ادعى المشترى كون الأرش أكثر و أنكره البايع و رجعا الى المقوم و

اختلف المقومون فى ذلك أيضا بحيث كان رجوعهما الى المقومين بعد اختلافهم فى ذلك و لا يخفى أن فرض البايع منكرا من جهة الغلبة حيث يكون المعيب هو المبيع، و الاّ قد يكون المعيب هو الثمن و ينعكس الامر و كيف كان فالظاهر أن هذه الصورة خارجة عن مورد كلام الشيخ و غيرهم الذين تصدوا لبيان حكم هذه المسئلة و أنه لم يتنبّه أحد بذلك فيما نعلم ·

و بيان ذلك أن كلامهم مسوق لبيان حكم صورة الاختلاف فى الأرش مع جهل المتبايعين بالحال و هذه الصورة انما هى الرجوع الى المقوم مع اختلافهما فى ذلك كما هو واضح · و أما حكم هذه الصورة فالظاهر أنه لا يجرى فى المقام ما ذكر فى المدعى و المنكر فان الظاهر من الروايات الواردة فى ذلك هو اختصاص البيّنة للمدعى و اختصاص اليمين بالمنكر و الرجوع الى المقومين، يقتضى أن تسمع بينة المنكر أيضا ، و هو على خلاف تلك الاخبار كما هو واضح ·

و على تقدير الرجوع الى ذلك القاعدة و شمولها للمقام يكون من قبيل تعارض بيّنة الداخل و الخارج فكلما ذكر فى ذلك يأتى هنا ·

و بعبارة أخرى أن فى صورة اختلاف المتبايعين فى الأرش من حيث الزيادة والنقصان كان ذلك من قبيل المدعى و المنكر فيكون من صغريات تلك المسئلة فان قلنا بسماع بيّنة المنكر، فيكون التعارض بينهما من قبيل تعارض بيّنة الداخل و الخارج و البحث فيه فى محله و ان لم نقل بسماع بيّنة المنكر، بل كان اللازم فى حقه اليمين كما هو الظاهر لم تسمع بينة بل بينة المدعى ·

و أما اذا جهل البايع و المشترى بالأرش أصلا و كان رجوعهما الى المقومين من جهة جهلهم بالأرش فمقتضى القاعدة أى شئ فهل يرجع أحد المقومين الذى يكون قوله موافقا للأصل وهو بيّنة الاقل فان فاختلاف هنا

فی الاکثر و لا شبهة أن بیّنة الاقل موافقة للأصل أو یؤخذ ببینة الاکثر فان جهة الاختلاف هنا عدم وصول بیّنة الاقل بما وصل الیه بیّنة الاکثر فتکون جاهلا بالزیادة أو یرجع الی الحاکم فیکون الحاکم مخیّرا بین أن یأخذ بأی بیّنة شاء علی حسب رأیه أو یرجع الی القرعة لانها لکل أمر مشتبه أو یرجع الی الصلح لأن لکل منهما حجة شرعیة فمقتضی العمل بها هوالرجوع الیها کما هو واضح ٠ أو أنه یجمع بینهما بطرح مقدار مفاد کل منهما و الأخذ بالبقیة بان توخذ من کل بینة نصف القیمة لو کان المقومان اثنان أو الثلث لو کان ثلاثة و هکذا و قد اختار المصنف الوجه الاخیر تبعا لمعظم الاصحاب و أشکل فی بقیة الوجوه کلها ٠

أقول : ان کان نظره أی نظر المصنف من ترجیح ما ذهب الیه المعظم الی الجمع بین الدلیلین مطلقا فانه لا شبهة فی کونه جمعا عرفیا و مختصا بالموارد التی تکون فی أحد الدلیلین قرینة علی بیان المراد ٠

و بعبارة أخری أن تلك القاعدة مختصة بموارد کون أحد الدلیلین ذی القرینة دون الاخر، کما اذا صدرا معا من شخص واحد ، فانه نعلم بعدم کذبه فیکون ذلك قرینة علی الجمع بینهما أو صدرا من شخصین الذین فی حکم شخص واحد کالائمة (ع) فانهم لسان واحد و من هنا وردانه یقع نسبة روایة صدرت عن الصادق علیه السلام الی سائر الائمة (ع) و لکن ذلك لا یجری فی المقام فان کل واحد من المقومین غیر الأخر فالجمع بینهما علی هذا النحو موجب للمخالفة القطعیة فلا یمکن الأخذ بهذه وقد اشکل علیه المصنف بهذا البیان فی أول التعادل و التراجیح من کتاب الرسائل ٠

و ان کان نظره فی ذلك هو الرجوع الی هذه القاعدة فی المرافعات المالیة و حقوقها بان یکون العلم بوصول المال الی صاحبه متوقفا علی بذل مقدار منه نظیر المقدمة الوجودیة بان یتوقف ایصال المال الی صاحبه علی بذل مقدار منه ،فیکون المراد من اولیوة الجمع من الطرح الاولویة التعینیة

كالاولوية فى باب الارث، بل ذكر المصنف ان اجراء هذه القاعدة هنا أولى من اجرائها فى الاحكام لأن الأخذ باحدهما كلية و ترك الآخر كك ، فى التكاليف الشرعية لا ينقص عن التعين الذى هو مثل الجمع بين الدليلين من الاحكام ، و لا يجوز الارتكاب به بخلاف ما نحن فيه الى آخر ما ذكره فهذا لا شبهة فيه لقيام السيرة على ذلك ، فان بناء العقلاء على امضاء هذا العمل بل ورد نظير ذلك فى الأخبار كما فى قضية الودعى حيث أوجب الامام عليه السلام أن لكل من الودعيين النصف مع العلم بأن الدرهم لأحدهما وذلك لأن العلم بوصول المال اعنى الدرهم الى صاحبه متوقف على اعطاء نصف الدرهم لغيره و ان كان مراده هذا فهو لا شبهة فيه ، الاّ أنه اجنبى عن مقامنا وهو الاختلاف فى الأرش فان ذلك كما عرفت انما هو فى الحقوق المالية و من الواضح أنه ليس هنا حق مالى حتى يكون الاختلاف فى ذلك و ينتهى النوبة الى تلك القاعدة و يعمل بها لأجل العلم بايصال المال الى صاحبه ، بل الامر هنا دائر بين الاقل و الاكثر كما عرفت و الاقل متيقن و الكلام فى أصل اشتغال الذمة بالأكثر فهو أول الكلام فضل عن ان يراجع بقاعدة التنصيف كما هو واضح .

على أن الرجوع الى امثال المقام يعطى القطع بعدم جواز الرجوع بقاعدة الجمع بين الدليلين كما اذا كان اختلاف المتبايعين فى أصل الأرش لا فى الزيادة والنقيصة كما عرفت أن الامر فى المقام يدور بين الاقل والاكثر فالنزاع فى الاكثر أنه ثابت أم لا ، مثل النزاع فى ثبوت الأرش و عدمه ابتداء وعليه فلابدّ من الرجوع الى قاعدة الجمع بين الدليلين .

ثم انه كما لا يمكن الرجوع الى قضية الودعى و الاشتهاد بها للمقام كما عرفت وكذلك لا يمكن الرجوع الى ما ورد فى بعض الأخبار من أن الدار التى تحت يد شخصين و يدعى كل منهما كونها ملكا له أنه تنصف و

الوجه في خروج ذلك عن المقام هو أن الحكم بالتنصيف من جهة قاعدة اليد و كون البينتين متعارضتين ·

و يمكن التوجيه بوجه آخر و هو أن الحكم بالتنصيف في قضية الدار من جهة أن كل منهما يدعى النصف من الآخر و ينكره الاخير فان النصف الآخر تحت يده على نحو المشاء فكل منهما اقام بينة على ما يدعيه و أوجبت ذلك كون انكار الآخر ذلك لغوا محضا فيكون النصف له من جهة البينة كما لا يخفى ·

انتهى كلامنا الى الجمع بين المقومين و قلنا ان المشهور ذهبوا اليه و أن مقتضى الجمع بين البنيتين هو الأخذ بالنصف اذا كانت البينة اثنان و بالثلث اذا كانت ثلاثة و هكذا و قلنا أنه لا وجه لهذا الوجه لأنه اذا كان من جهة الجمع بين الدليلين كما ذهب اليه الشيخ الطوسي وذكر أن الجمع بين الدليلين مهما أمكن أولى من الطرح كما أن هذا يظهر من أول كلام المصنف و هو الذي ذكره المصنف في التعادل والتراجيح من الرسائل ·

و اشكل عليه بانه لا وجه للجمع بين الدليلين بذلك حيث انه طرح لهما و هو مخالفة قطعية الا ان يكون هنا قرينة على ذلك كما اذا ورد من شخص واحد أو من في حكم شخص واحد وان كان المراد من ذلك هو قاعدة العدل والانصاف و الجمع بين الحقوق كما يظهر ذلك من ذيل كلامه و هو و ان كان متينا لقيام السيرة القطعية عليه في الحقوق المالية ، بل ورد عليه الخبر في الودعى فان العرف قاض بجواز بذل مقدار من المال مقدمة للعلم بوصول مقدار منه الى صاحبه نظير المقدمات الوجودية كبذل مقدار من المال لايصال مقدار الآخر الى صاحبه و هو حسن و لكن لا ربط له بالمقام حيث ان في المقام ليس حق مالي و انما الأرش يثبت بالمطالبة و لا شبهة أنه لم يثبت بالمطالبة الاّ ما هو المتيقن و أما الزائد فلا ، كما هو واضح ·

بل ذكرنا أن اختلاف المقومين في الزيادة و النقصان مثل اختلافهم في أصل ثبوت الأرش وعدمه لأن الاقل متيقن و الاكثر مشكوك فيكون الاكثر مثل اصل ثبوت الأرش من الأول كما هوواضح ·

و اما قضية الحكم بتنصيف الدار فقد عرفت أنه من جهة اليدأومنجهة قيام البينة على كون كل من النصفين لكل منهما كما هو واضح ·

و أما الرجوع الى القرعة فلا وجه له أيضا ،لأن الأدلة العامة للقرعة الدالة على انها لكل امر مشتبه لا يمكن الرجوع اليها والأفيلزمأنلا يرجع الى شيء من الاصول و الامارات لوجود الشك في موارد ها ·

و أما الادلة الخاصة التي ذكرها السيد الدالة علىجريانهافيبعض الموارد فهي خارجة عن المقام لأن الظاهر أنها مختصة بصورةالتداعيفان الامام عليه السلام حكم فيما تداعيا اثنان و أقام كل منهما بيّنة علىما يدعيه انه يرجع الى القرعة و كل من خرجت القرعة على اسمه يحلف و يحكه لهفيعلم من ذلك أن القرعة في مورد التداعي ،و أما المقام فليس بمورد التداعيأصلا كما عرفت في أول المسئلة ،بل ربما يعترف كل من البايع و المشتري بانه لا يدري أن التفاوت باي مقدار و عليه فكيف يرجع الى القرعة كما هو واضح·

و أما الحكم بأن الحاكم يكون مخيّرا بين الاخذ بأي البينتين شاءفهو أيضا بلا وجه بداهة أنا ذكرنا في التعادل و الترجيح أنه لاأساس للقول بالتخير في باب تعارض الدليلين أصلا ،وعلى تقدير جوازه فانمايجوزذلك في تعارض الروايتين و أما في تعارض مطلق الدليلين فلا كتعارض البينة مع البينة و الظاهر مع الظاهر ،و الأصل مع الأصل و هكذا ·

و أما الرجوع الى بيّنة الاكثر فهو أيضا بلا وجه ،لأنه انما يجوز ذلك فيما اذا كانت بينة الأقل لا يعلم بالزائد ،بان يقول انالمتيقنأنقيمةهذا الشيء هذا المقدارعلى اليقين ،و بيّنة الاكثر تدعى العلم بان قيمته هذا

المقدار الكثير.

و ح فلا تعارض بين البينتين فان بينة من يدعی الأقل جاهل بالقيمة الزائد عن المقدار القليل و أنه يدعی القيمة القليلة من باب القدر المتيقن و هذا بخلاف بيّنة من يدعی الأكثر فانه يدعی العلم بكون قيمة هذا الشیء هو هذا المقدار كما هو واضح.

و أما اذا ادعت بيّنة كل منهما العلم بان قيمة هذا الشیء هذا المقدار لا أكثر و لا أزيد.

و ح لا شبهة فی تعارض البينتين قطعا فلا مرجع للرجوع الی بيّنة الأكثر بدعوی أن بيّنة الأقل لا يعلم الجزء الزائد كما هو واضح.

و أما الأخذ ببينة الأقل من جهة تعاضدها بالاصل فلا وجه له أيضا لما ذكره المصنف من أن الأصل انما يكون دليلا اذا لم يكن هنا دليل لفظی، و الاّ فلا يكون الأصل دليلا و لا مرجحا كما هو واضح.

و قد حقق ذلك فی علم الاصول فی بحث التعادل و التراجيح. اذا فالمقام من موارد تعارض الدليلين و تساقطهما فلابدّ من الرجوع الی الاصول العملية فانا ذكرنا فی مورده أن القاعدة الكلية و الكبری الكلية فی تعارض الدليلين هو الحكم بالتساقط و الرجوع الی الاصول العملية و كذلك المقام كما لا يخفی فانه من صغريات تلك الكبری و أما الرجوع الی الصلح بان يكونا ملزمين عليه، فلا دليل عليه، الاّ ان يختار المتبايعان ذلك باختيارهما و عليه فلو ألزما عليه كان الصلح باطلا من جهة كونه اكراهيا كما لا يخفی.

ثم انه علی تقدير العمل بالجمع بين البينتين فماذا هو طريق الجمع ذكر المشهور فی طريقه أنه أخذت قيمة واحدة متساوية النسبة الی الجميع أی منتزعة منه نسبتها اليه بالسوية فمن القيمتين يؤخذ نصفهما ومن الثلث ثلثها و من الخمس خمسها و هكذا و ضابطه أنه توخذ قيمة واحدة منتزعة

من المجموع نسبتها اليه كنسبة الواحد الى عدد ذلك القيم و الوجه فى أخذه كك ،أن الترجيح بلا مرجح باطلا فلابدّ و أن يفعل هكذا أن يجمع القيم الصحيحة على حدة و المعيبة كك وينسب احدايهما الى الاخرى و يؤخذ بتلك النسبة من غير فرق بين أن يكون اختلاف المقومين فى قيمته صحيحا و معيبا أو فى أحدهما .

و توضيح ذلك أنه يؤخذ من القيمتين الصحيح نصفهما و من الثلث ثلثهما و من الاربع ربعهما ،و هكذا فى المعيب، ثم يلاحظ النسبة بين المأخوذ للصحيح و المأخوذ للمعيب و يؤخذ بتلك النسبة مثلا اذا كان احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر و الاخرى ستة و أحدى قيمتي المعيب أربعة و الاخرى اثنين أخذ من كلتا قيمتى الصحيح و كلتا قيمتى المعيب النصف أعنى التسعة من قيمتى الصحيح و الثلاثة من قيمتى المعيب فيكون التفاوت بين قيمتى المعيب و قيمتى الصحيح بالثلثين فيكون الأرش ثلثى الثمن فيرد من أصل ثمن المبيع ثلثاه كما هو واضح .

و يمكن ملاحظة مجموع قيمتي الصحيح بالنسبة الى مجموع قيمتى المعيب و أخذ نصف ما به التفاوت فأن التفاوت بين قيمتي الصحيح و قيمتى المعيب هو الستة فى المثال المذكور و نصفها الثلاث و هكذا فيما اذا كان المقوم ثلاثة أو أربعة كما هو واضح .

مثلا اذا قومه أحدايهما باثنى عشر و الاخرى بثمانية أخذ فى نصف الأربعة بقول المثبت و فى نصفها الأخر بقول النافى جمعا بين حقى البايع و المشترى .

و الى هذا يرجع أيضا تنصيف مابه التفاوت بين قيمتي الصحيح أو قيمتى المعيب بأن تعمل نصفه بقول المثبت للزيادة و فى النصف الاخر بقول النافى فاذا قومه احديهما صحيحا باثنى عشر و الأخر صحيحا بثمانية أخذ فى

نصف الاربعة بقول المثبت و فی نصفها الاخر بقول النافی و كك فی طرف المعيب و هكذا فی المثال المتقدم .

ثم انه قد اعرض الشهيد (ره) عن طريقة المشهور من جهة عدم الدليل على أخذ القيمة الانتزاعية و سلك مسلكا آخر و هو الاخذ بنفس النسبة بين قيمة كل معيب الى صحيحها و يجمع قدر النسبة و يؤخذ من المجتمع نسبتها بأن يرجع الى البيّنة فی مقدار التفاوت فقط، و يجمع بين البينات فيه من غير ملاحظة القيم فاذا قومه أحديهما صحيحا باثنى عشر و معيبا بثمانية و قومه الاخرى صحيحا بالعشرة و معيبا بثمانية فمقدار التفاوت بين الصحيح و المعيب فی القيمة الاولى هو الثلث و فی الثانية هو الخمس.

ثم انه قد يتحد طريق الشهيد مع طريق المشهور و قد يختلف و انما لم نفصل لانا لم نساعد الشيخ والمشهور فی المبنى .

قوله : القول فی الشروط التی يقع عليها العقد.

أقول : ذكر المصنف أن للشرط فی العرف معينان الاول المعنى الحدثی والمصدری اعنی الالتزام ،و الالزام و الشرط بهذا المعنى مصدری يصحّ ان يشتق منه المشتقات فيقال شرط شرط و هو شارط و ذلك الأمر مشروط و فلان مشروط له أو مشروط عليه ففی القاموس أنه التزام الشیء والزامه فی البيع وغيره ثم ذكر ان ظاهر كلام القاموس هو أن استعمال الشرط فی الالزامات الابتدائية من قبيل المجاز دون الحقيقة .

ثم أشكل عليه بأنه فاسد ولعل صاحب القاموس لم يطلع على موارد استعمال كلمة الشرط و ما اشتق منها فی الالزامات الابتدائية مع أنه كثير كقوله عليه السلام فی حكاية بيع بريرة ان قضاء اللّه أحق و شرط أوثق و الولاء لمن اعتق و كقول علی عليه السلام فی الردّ على مشترط عدم التزويج بامرأة أخرى فی النكاح ان شرط اللّه قبل شرطكم و قوله عليه السلام : ما

الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري، قلت: و في غيره؟ قال: هما بالخيار حتى يفترقا و ايضا قد اطلق الشرط على العهد و النذر و الوعد في بعض أخبار النكاح و قد اعترف في الحدائق بأن اطلاق الشرط على البيع كثير في الأخبار.

و توهم أن الاستعمال في الموارد المذكورة على نحو المجاز توهم فاسد لكونه على خلاف الظاهر و محتاجا الى القرينة على أن الامام عليه السلام استدلا بقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم على العهد و النذر في بعض أخبار النكاح و يضاف الى ذلك أنه لا حجية في قول القاموس مع تفرده بالنقل وكون الاستعمالات على خلافه.

و على الجملة فلا شبهة في أن هذا المعنى للشرط معنى عرفي و هو الالتزام و قد يطلق على الملتزم به مجازا فيطلق الشرط و يراد منه المشرط كالخلق بمعنى المخلوق و ح فيراد منه ما يلزمه الانسان على نفسه.

المعنى الثاني من المعاني العرفية ما يلزم من عدمه عدم المشروط من دون أن يلاحظ ناحية الوجود بأنه يلزم من وجوده الوجود أو لا يلزم فيكون المراد من الشرط بهذا المعنى في نظر العرف ما يكون دخيلا في تحقق الشيء و وجوده في الخارج و لا ريب أن الشرط بهذا المعنى من الجوامد فلا يصح اشتقاق المشتقات منه لعدم كونه مصدرا و لا أنه فعل لأحد وعلى هذا فاشتقاق المشروط منه و كذلك الشارط و نحوهما ليس على الأصل و القاعدة و لذا ليسا أي الشارط و المشروط بمتضائفين في الفعل والانفعال بل الشارط هو بمعنى الجاعل و المشروط هو الذي جعل له الشرط كالمسبب بالكسر والفتح المشتقين من السبب الذي هو اسم جامد، و الحاصل: أن الشرط بمعنى الثاني نظير الأمر بمعنى الشيء الذي لا يصح أن يشتق منه شيء، و الشرط بالمعنى الأول نظير الأمر بمعنى الطلب الذي يصح الاشتقاق منه.

ثم ذكر أن للشرط معنيني آخرين اصطلاحين ،أحدهما ما وقع عليه اصطلاح النحاة من أن الشرط هی الجملة الواقعة عقيب أدوات الشرط .

و ثانيهما :ما استقرعليه اصطلاح أهل المعقول والاصول من أن الشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط و لا يلزم من وجوده الوجود ، وهذا المعنى الثانی الاصطلاحی أخص من المعنى الثانی العرفی ،فأنه أی المعنى الثانی العرفی أعم منه فانك قد عرفت أنه ما يلزم من عدمه العدم و لكن طرف الوجود مسكوت عنه فانه قد يلزم من وجوده الوجود فيشمل السبب و قد لا يلزم فيشمل هذا المعنى الثانی الاصطلاحی كما هو واضح لا يخفی فافهم .

ثم ذكر أن فی الاخبار عن الشرط بثلاثة أيام فی أخبار خيار الحيوان مسامحة واضحة لعدم كون ثلاثة أيام شرطا فعلية فلابدّ من توجيه ذلك بتقدير المضاف بأن يكون المراد شرط ثلاثة أيام [illegible] بمعنى خيار كما صرح بكون الشرط بمعنى الخبار [illegible] .

و عليه فيكون ذلك مثل ما ورد فی بعض اخبار خيار الحيوان أن فی الحيوان كله شرط ثلاثة أيام .و لا يحتاج هذا التعبير الى التوجيه كما توهمّ بعض المحشين من كلام المصنف(و لا يخفی توقفه على التوجيه) بل هو قيد لما قبل كلمة النعم أعنی الأخبار المشتملة على الاخبار عن الشرط بثلاثة أيام.

و كيف كان فالشرط فی هذه الاخبار اما بمعنى ما قرره الشارع و الزمه المتبايعين أو أحدهما من التسلط على الفسخ فيكون مصدرا بمعنى المفعول فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع أو يراد به الحاكم الشرعی المقرر وهو ثبوت الخيار .

أقول : الظاهر أن الشرط فی جميع الموارد قد استعمل بمعنى واحد و هو الربط والا رتباط و الا ناطة و ليس له معنى عرفی و معنى اصطلاحی بل جميعها يرجع الى معنى واحد و اذا لاحظنا جميع موارد الشرط نرى كونه

مربوطا بشيء واحد ومنوطا به و هذا الاناطة قد تكون أمرا تكونيّا كالشروط التكوينية كتقيد المعلول بعلية فان المعلول مشروط وجوده بوجود كل جزء من أجزاء علته و بوجود مجموع اجزاء علته فوجود العلة شرط لوجود معلولها تكوينا و قد تكون أمرا شرعيا و اناطة جعليّا كالشروط الجعلية في العقد، و من ذلك شروط الصلاة و بقية العبادات و غيرها التي جعلها الشارع شرطا.

و قد ذكرنا في مقدمة الواجب من علم الاصول أن في موارد الشروط الشرعية أن التوقف ايضا عقلي غاية الامر أن المنشاء أمر مجعول، مثلا توقف الصلاة على الطهارة أمر تكويني بعد جعل الطهارة دخيلا في الصلاة و هكذا في بقية موارد الشروط الشرعية.

نعم، في المعاملات الشروط جعلية محضة و هي الربط و هذا الربط بنفسه مجعول.

و بعبارة أخرى أن الشرط قد يكون أمرا تكوينا كتوقف المعلول على العلة و قد يكون أمرا شرعيا كالطهارة بالنسبة الى الصلاة، و على كل تقدير فالتوقف عقلي، و انما المنشاء شرعي، و قد يكون جعليّا محضا كالشروط في المعاملات فانها عبارة عن الاناطة المحضة و هي مجعولة للجاعل.

ثم ان هذا المعنى الوحداني يشمل الشروط الابتدائية أيضا لوجود الاناطة فيها، فان الشرط قد اطلق على النذر و اليمين، و كذا على البيع على ما اعترف به صاحب الحدائق مع أنها ليست في ضمنه عقد آخر لكي لا تكون شروطا ابتدائيا، بل جميع الشروط التكوينية شروط ابتدائية كالعلة و أجزاءها بالنسبة الى المعلول، و على هذا فلا بأس باطلاق الشرط على الشروط الابتدائية كما ذكره المصنف، و لكن لا شهادة فيما ذكره من موارد الاستعمال على هذا الدعوى.

أما قوله قضاء الله أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن اعتق، فلعل اطلاق

الشرط هنا من جهة المقابلة حيث ان السائل قد شرط عدم كون الولاء لمن اعتق فمقابلة لذلك اطلق الامام عليه السلام الشرط على ذلك كما أن المقابله فى التعبير فى غير هذه الموارد أيضا كثيرة كقوله تعالى : انك تعلم ما فى نفس و لا اعلم ما فى نفسك، حيث اطلق النفس على اللّه تعالى مقابلة لاطلاقها على نفسه و من هنا ظهر ما فى قوله عليه السلام شرط اللّه قبل شرطكم ،و أما اطلاق الشرط على الخيار فى قولهم فى أخبار خيار الحيوان فمن جهة أن العقد منوط بالخيار و محدود به ،فلا يكون الشرط ابتدائيا ، بل فى ضمن عقد البيع.

ثم ان مرجع هذا المعنى من الشرط فى مقام التحليل الى أمرين :

الاول أن يكون نفس الالتزام معلقا بشىء كأن يبيع مثلا على تقدير تحقق أمر فلانى ،بأن باع عبدا بشرط أن يلتزم المشترى باعطائه للعالم الفلانى و بحيث أصل الالتزام مربوطا بشىء آخر بمعنى أنه لا يبيع مع عدم هذا الالتزام من المشترى ،و لا يضرّ التعليق هنا لكونه واقعا على أمر حاصل و انما يضرّ التعليق اذا كان بأمر استقبالى غير حاضر كما هو واضح.

و من هذا القبيل الشروط الواقعة فى العقد اللازمة التى لا يجرى فيها الخيار كالنكاح ،فان معنى الاشتراط فيه هو أن الالتزام بالنكاح على تقدير التزام المشروط عليه بالشرط المعلوم، والاّ فلا يلزم و يكون بذلك مندرجا تحت عموم الوفاء بالعقد ،و أما اذا لم يف المشروط عليه بالشرط فلا يثبت للمشروط له خيار بذلك ،بل لعدم جريان الخيار فى النكاح ،بل يلزم فى الحكومة بالوفاء به ،و قد ذكرنا فى بحث التعليق أن هذا لا يضر بالعقد ،نعم اذا كان ذلك فى مثل البيع و نحوه مما يجرى فيه الخيار فيثبت للمشروط له خيار على تقدير عدم الوفاء بما التزم به، فتكون نتيجة الاشتراط أمران كما هو واضح.

المعنى الثاني هو أن يكون التزام أحد المتعاقدين بالعقد معلقا على شيء خاص لا أصل الالتزام بالعقد كما اذا باع أحد متاعا، و الشرط في ضمن العقد صفة خاصة أي كونه على وصف خاص أو فعلا بأن يشترط عليه خياطة ثوب، و قد ذكرنا سابقا أنه لا معنى لاشتراط شيء في العقد، الاّ التعليق، أو ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير التخلف، و حيث لا معنى للأول فيكون معنى الاشتراط هو الثاني.

و قد تحصل مما ذكرنا أن الشرط في ضمن المعاملات قد يكون باناطة العقد بفعل كبيع شيء على تقدير التزام المشتري ببيعه من شخص آخر أو بفعل آخر اختياري من الخياطة و نحوها فان أصل البيع متوقف على هذا الالتزام و قد ذكرنا أن التعليق لا يضرّ في مثل ذلك لكونه على أمر متحقق الحصول.

ثم ان المشروط عليه ان وفى بشرطه فهو، و الاّ يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و في الحقيقة أن شرطه هذا منحل الى شرطين أحدهما الالتزام بالفعل الخاص فعلى تقدير عدم الالتزام لا يحصل البيع أصلا، و الثاني ثبوت الخيار على تقدير التخلف و ان كان تحقق الشرط الثاني في بعض الموارد من العقود أي عقد يجري فيه الخيار و قد يكون باطنة بالاوصاف كأن يبيع العبد بشرط كونه كاتبا أو يبيع العبد بشرط كونه خياطا و هكذا و قد ذكرنا في البحث عن خيار الشرط أن الالتزام بأوصاف المبيع لا معنى له الاّ ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير التخلف فاذا تخلف الوصف ثبت له خيار، و له أن يبقي العقد على حاله أو يفسخ.

قوله: الكلام في شروط صحة الشرط.

أقول: من جملة تلك الشروط أن يكون الشرط تحت اختيار المشروط عليه، و الاّ فلا يصح الشرط سواء كان صفة لا يقدر العاقد عليه التسليم

بدونها أو كان عملا لا یقدر بایجاده كأن یبیع داره و اشترط علی المشتری بیعها من عمرو مع أن شراء عمرو ایاها لیس تحت اختیار المشتری أو یشتری منه زراعة و اشترط علیه كون سنبلا أو كان هند زوجة له أو كون زوجة للمشتری مطلقة مع أن الطلاق و الزواج لا یتحققان بغیر سبب عینّه الشارع ولا بدون اختیار من بیده الطلاق و من بیده أمر النكاح و هكذا من الافعال الغیر الاختیاریة للمشروط علیه و الجامع هو ذلك أی كون الشرط غیر اختیاری للمشروط علیه ·

و قد استدل علی بطلان هذا النحو من الشرط و كونه من صغریات الشرط الفاسد بوجوه منها الاجماع و الثانی أن هذا النحو من الشرط غرر فیوجب بطلان البیع للنهی عن بیع الغرر، اذ كما لا بدّ و أن یكون المتبایعین عالما بالعوضین لئل یكون البیع غرریا من ناحیتهما و كذلك لا بدّ و أن یكونا عالمین بالشروط المعتبرة فیه ·

و الثالث: أن هذا الشرط لیس مقدور التسلیم للمشروط علیه فانه كما یعتبر أن یكون المبیع و الثمن مقدور التسلیم و كذلك یعتبر أن یكون الشرط أیضاً كك ·

و الرابع: ما ذكره شیخنا الاستاذ و اعتمد علیه ،و هو أن المشروط علیه لا بدّ و أن یكون مالكا لما یشترط علیه ،و الاّ فیكون ذلك مثل بیع ما لا یملك و قد ذكر فی الفلسفة أن فاقد الشیء لا یكون معطیا له كما هو واضح ·

أقول : أما الشرط بالمعنی الاول و هو تعلیق العقد بالفعل كتعلیقه علی التزام المشتری مثلا ، لا من جهة أن شرط أمر غیر اختیاری موجب للبطلان ، بل من جهة أن الالتزام لا یتعلق بأمر غیر اختیاری كما هو واضح·

بل لا یصدر اشتراط التزام الطرف بأمر غیر اختیاری من شخص عاقل أصلا ، الاّ اذا كان غافلا عن كونه غیر مقدور ففی هذه الصورة نتكلم فی ذلك

و أما الشرط بالمعنى الثاني بأن يكون معنى اشتراط أمر غير اختياري هو ثبوت الخيار على تقدير عدم حصول ذلك الأمر كما في اشتراط الاوصاف فأي دليل يقتضي بطلان ذلك، أما الاجماع فلا نظن بوجوده، بل نطمئن بعدم حصوله، و لذا خالف في ذلك الشيخ و القاضي على ما ذكره المصنف في المتن و على تقدير تحققه فلا نظن أن يكون مستنده رأي المعصوم (ع) بل يحتمل أن يكون مستنده تلك الوجوه المذكورة في المقام.

و أما توهم كون هذا الشرط غرريا و موجبا لبطلان المعاملة فهو أيضا واضح الدفع لما ذكرناه في بحث الغرر أن معناه هو الخطر و الهلاكة فاذا كان مرجع اشتراط أمر غير اختياري هو جعل الخيار للمشروط له على تقدير عدم الحصول فأي خطر في ذلك، فانه اذا حصل الشرط لزم البيع والاّ كان المشروط له بالخيار فأي غرر هنا و أيّ هلاكة مال أو شيء آخر في المقام، على أنه لو كان هذا غرريا فأي فرق بين هذا و بين اشتراط الوصف، فان الثاني أيضا غرري لجهل المتبايعين بالشرط أو جهل الشارط به فيكون غرريا مع أنه لم يقل أحد بالبطلان هنا من جهة الغرر و قد ابدى المصنف الفرق بينهما بأنه للاجماع، و فيه أنه غير محتمل اصلا بحيث يكون هنا اجماع يكون بعض افراد الغرر موجبا للبطلان دون بعض و اعجب من ذلك، أنه ذكر أن بناء المتياقدين بالوصف في اشتراطه يخرج المعاملة عن الغررية.

و فيه أولا أن البناء أمر قلبي و الغرر عبارة عن الخطر و هو أمر نفساني اعني التردد و الحيرة فلا يرتفع بالامر قلبي لعدم كونه من افعال القلوب على أنه لو كان البناء موجبا لرفع الغرر و كيف لا يلتزمون بكونه رافعا للغرر في المقام أيضا بان يبنون على حصول ذلك الأمر فيكون ذلك موجبا لارتفاع الغرر كما لا يخفى.

و أما عدم القدرة على التسليم فهو ليس شرطا آخر وراء اعتبار عدم الغرر

فانها شرط واحد و سببه الجهل على أنه انما يفيد فيما اذا كان الشرط ، بمعنى الاول ، اعنى تعليق العقد على الفعل ،كالالتزام و نحوه ،و أما فى المقام فأى فائدة لكون الشرط مقدور التسليم فانك قد عرفت أن مرجع هذا النحو من الاشتراط الى جعل الخيار على تقدير عدم الحصول كما اذا باع الزرع و شرط فيه كونه سنبلا بمشية الله و الا فيكون له الخيار كما هو واضح ، و من هنا ظهر أنه لا وجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من اشتراط مالكية المشروط عليه بالشرط، و الا يكون ذلك مثل بيع ما لا يملك ،ومن هنا ظهر الحال ما فى الفرع المعروف من أنه لو باع متاعه كالدار مثلا من زيد واشترط بيعه من عمرو فانه لا شبهة فى صحة هذا البيع و يترتب عليه الخيار على تقدير عدم البيع و تخلف الشرط كما هو واضح.

و حاصل الكلام : أن الشروط التى يجب الوفاء بها ذكروا فيها شروطا منها أن يكون الشرط مقدورا و قد عرفت أنه استدل عليه بوجوه كالنهى عن الغرر و لزوم القدرة على التسليم ،و قد يكون الاشتراط فرع كون المشروط عليه قادرا عليه و مالكا له كما ذكره شيخنا الاستاذ ،و قد عرفت أنه لا يرجع شىء من ذلك الى محصّل و ذكرنا جملة من الكلام الذى يرجع الى ما نحن فيه .

و تحقيق البحث هنا أن الشرط تارة يكون شرط فعل وأخرى شرط صفة .

أما الاول : فقد يكون شرطا لفعل نفس أحد المتعاقدين .

و أخرى : شرطا لفعل شخص أجنبى عنهما .

أما الاول : ولو كان امتناعه قياسيّا كالطيران الى السماء و نحو ذلك مما يكون محالا بالنسبة اليه ،فيكون معنى الشرط هو التزام المشروط عليه بالشرط و عليه فلا معنى لا شتراط أحد المتعاقدين على الآخر أن يلتزم بغير مقدور بأن يبيع ماله و يشترط عليه أن يلتزم بأمر غير مقدور فان هذا لا يصدر

من عاقل أصلا ·

نعم ، لو وقع و لم يكن الشارط ملتفتا يكون الشرط أى ما يتعلق به الالتزام من المستحيلات، ثم انه اذا انكشف كونه من المستحيلات فهل يكون هذا أيضا داخلا تحت الشرط لغير المقدور فيبطل من الاول ، بناء على بطلان الشرط الغير المقدور أو يدخل تحت الشرط المتعذر ، فالظاهر أن يلاحظ مدرك ذلك ، فان كان مدركه النهى عن البيع الغررى فلا شبهة فى عدم الغرر هنا ، حيث ان الغرر على ما عرفت عبارة عن الخطر و هو قائم بالتردد و الحيرة ، و قد فرضنا ان المتبايعين ليسا كك ، أى ملتفتين بكون الشرط غير مقدورا حتى يكون ذلك غرريا ، و ان كان مدركه عدم القدرة على التسليم أو ما ذكره شيخنا الاستاذ من كون الشرط فرع كون المشروط عليه مالكا له فلا ، بل يحكم بالبطلان و لكن قد عرفت عدم صحة شيء من ذلك ·

و سنبين الحق كما اشرنا اليه سابقا ، من كون هو الارتباط و أما اذا كان الشرط متعذرا فى آخر الوقت بعد ما كان مقدورا فى الابتداء ، فهل يكون هذا من صغريات الشرط الغير المقدور أو يكون من مصاديق الشرط المتعذر فلا يوجب فساد العقد فالحق المتعين هو الثانى ، لأنه لا معنى لبطلان البيع بتعذر الشرط بعد ما كان صحيحا و الشرط مقدورا و ان قلنا ببطلان البيع بكون الشرط غير مقدور من الأول ·

و أما اذا كان الشرط شرط فعل شخص آخر كأن يبيع و يشترط المشترى على البايع كون الزرع سنبلا أو البسر تمرا أو غير ذلك ، فانه ح لا شبهة فى صحة البيع فان معنى الاشتراط هنا ليس هو توقف العقد على التزام الطرف بالشيء الخارجى ، كما كان كك فى القسم الاول ، بل معناه هو توقف التزام المشروط له بالعقد و الوقوف عليه و عدم فسخه متوقف على حصول الفعل الفلانى و صدوره عن شخص فلانى ، و اذا لم يصدر الفعل من

شخص فلاني ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط فمرجع هذا النحو من الاشتراط هو جعل الخيار حتى ما لو صرح المتعاقدين باشتراط الايجاب و القبول كليهما بحيث يعلم كون الشرط غير مقدور من حيث الشراء أي يكون بيع المشتري فعلا اختياريا و لكن شراء شخص آخر منه ليس اختياريا له كما هو واضح، و على هذا فلا شبهة في العقد بل يجوز أن يشترط فيه الفعل الغير الاختياري أيضا، كموت زيد و سقوط الحجر من شاهق و نحو ذلك فان معنى جميع ذلك ليس الا جعل الخيار ومحدودية العقد كما هو واضح .

و لعل هذا مراد العلامة فيما اذا باع احد ماله و اشترط بيعه من شخص آخر، بل هو الظاهر حيث التزم بثبوت الخيار على تقدير عدم تحقق الفعل، و لم يحكم بالبطلان و مع مخالفة العلامة كيف يسوغ لاحد أن يدعى الاجماع في المقام على البطلان و قد عرفت مخالفة الشيخ و القاضي .

نعم، هو احتمل اللزوم حيث ذكر أن الشارط انما يبيع و يشترط على المشتري بيعه من شخص خاص، انما يشترط هذا على تقدير قبول ذلك الشخص الاجنبي الاشتراء، و اذا لم يقبل فيكون البيع لازما و هذا الذي ذكره العلامة أيضا صحيح، و لكنه خارج عن المقام، فان كلامنا في الشرط الغير المقدور و ما ذكره العلامة مقدور حيث ان بيع المبيع من شخص أجنبي على تقدير قبوله مقدور للمشتري فلا يكون من صغريات الشرط الغير المقدور كما هو واضح .

هذا كله في شرط الفعل لاحد المتعاقدين للاجنبي ثم انه اذا علق العقد على فعل الاجنبي فلا شبهة في ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير التخلف كما عرفت الشرط، و اذ فعل الاجنبي من غير أن يتوقف عليه لزوم العقد و لا اصله فقبل الاجنبي هذا الاشتراط كما يقع ذلك في العرف كثيرا حيث لا يقبل المشتري و يقبل الاجنبي كما اذا باع دارا و اشترط اعطاء

درهم للفقير فلم يقبله المشترى، و لكن يقول الاجنبى هو عليّ ، فهل يكون هذا الشرط واجب الوفاء عليه و يشمله عموم المؤمنون عند شروطهم أولا يشمله لكونه وعدا محضا ، فسيأتى الكلام فيه فى الشروط الاتية من أن الشرط الذى لا يتوقف عليه لزوم العقد و لا أصله، هل هو واجب الوفاء أم لا ، وأما اذا لم يقبله المشترى، بل لم يكن حاضرا أصلا فيكون عقد لازما فلا يكون للمشروط له خيار أيضا .

و الحاصل : أنه اذا علق احد المتبايعين العقد على فعل الاجنبى فلم يقبله كان باطلا، و اذا قبله و عمل به فهو واضح، و الا كان للمشروط له خيار تخلف الشرط، ثم انه فى فرض قبول الاجنبى الشرط هل يكون ذلك واجب الوفاء عليه أو لا ، بل يكون من صغريات الوعد فلا يجب الوفاء سيأتى الكلام فيه فى خلال الشروط الآتية .

و أما شرط النتيجة، بأن يبيع زيد داره و يشترط على المشترى كونه وكيلا فى بيع داره أو تزويجه أو شيء آخر أو يشترط عليه كون داره الفلانية ملكا للبايع أو غير ذلك من شروط النتيجة فان ذلك كله لا شبهة فيه وخارج عن المقام أعنى اشتراط غير المقدور فانه بمجرّد هذا الاشتراط قد تحصل النتيجة جزما فان معنى الوكالة هو اعتبار الغير وكيلا و ابرازه بمبرز من المبرزات و كذلك بقية العقود، و من الواضح أن البايع اذا اعتبر فى ضمن بيع متاعه من عمرو وكون عمرو وكيلا فى بيع داره أو كون داره الفلانية له وأظهره بقوله بعت متاعى بهذا الشرط و قبله المشترى، فقد تحصل الوكالة و تكون دار المشترى ملكا للبايع بنفس هذا الابراز و الاظهار كما هو واضح .

و أما اشتراط كون زوجة المشترى بائنة أو كون بنته زوجة له أو غير ذلك من الافعال التى كانت لها أسباب معينة عند الشارع فغير مربوط بالمقام فان عدم حصول ذلك من جهة أن الشارع قد جعل لها أسبابا خاصة فلا

تحصل بغيرها و قد ورد فى الروايات أن الطلاق ليس الا أن يقول الزوج لزوجة انت طالق على (عند) شهود و على هذا فكيف يحصل بمجرد الاشتراط فى ضمن العقد بدون هذا السبب.

و أما شرط الصفة فقد ذكرنا مرارا أن معنى ذلك ليس الاّ اشتراط الخيار على تقدير عدم ذلك الوصف اذا لا معنى للالتزام بالوصف الاّ هذا.

و توهم أن عدم الغرر هنا من جهة البناء كما عليه المصنف عجيب كما عرفت مضافا على ما تقدم أن هذا البناء يمكن أن يكون تشريعا بناء كاذبا فان اشتراط الوصف الفعلى ليس الاّ كاشتراط الوصف الاستقبالى ، فكلها يرجع الى جعل الخيار كما هو واضح .

و توهم أن الشرط فى الاول غير مقدور و هو فاسد للوجوه المتقدمة توهم فاسد ، فان كون فعل الغير غير مقدور لا يخلّ بهذه الجهة و هو شرط الخيار لما ذكرنا أن المرجع فى ذلك كلّه الى شرط الخيار كما لا يخفى ،فافهم .

و الوجه فى ذلك كلّه هو ما ذكرناه فى معنى الشرط من أنه عبارة عن الربط والارتباط و الاناطة ، فاذا كان ذلك فى ضمن العقد فقد يكون العقد معلقا على شئ و قد يكون الالتزام به معلقا على شئ ،و فى الثانى لا يفرق بين أن يكون ذلك الشئ المعلّق عليه امرا اختياريا أولا فانه على كل تقدير فالاناطة موجودة فاذا حصل و تحقق الشرط فهو ،و الاّ حكم بكون المشروط له ذى خيار كما لا يخفى .

و توهم أن الاجماع قائم على البطلان فاسد لما عرفت من عدم الاجماع هنا كما هو واضح .

قد عرفت ان شرط الفعل انما يجوز اذا كان مقدورا من حيث متعلقة فلو شرط الالتزام بشئ محال و لو كان محالا قياسيّا كالطيران الى السماء

لا ينفذ هذا الشرط، بل لا يشترط هذا الشرط عاقل فانه بعد علمه بعدم تمكن المشروط عليه من ذلك فيكون هذا الاشتراط لغوا محضا ٠

نعم، اذا لم يلتفت الشارط بكونه غير مقدور، لا بأس باشتراطه ثم اذا انكشف أنه كان غير مقدور فان كان الاشتراط راجعا الى نفس الالتزام بالغير المقدور، ثم نكشف أنه غير مقدور و قد غرّه المشروط عليه بذلك فيكون العقد باطلا كما اذا اشترى أحد عبدا و اشترط على البايع كونه كاتبا و التزم البايع بذلك مع أنه لم يكن كاتبا فان هذا البيع يبطل حيث ان البيع المطلق اى بيع العبد على أى نحو كان لم ينشأ و ما انشأ اعنى البيع المقيد فهو غير واقع من الاول، فيكون باطلا ،و أما اذا كان الشرط هو التزام الطرف لا بما هو واقع اللالتزام بدون الابراز بل يبرزه أيضا و ان كان فى ابرازه كاذبا ،و انما غرضه الغش، فح فالشرط قد تحقق ،و قد علق العقد بالتزامه و هو قد تحقق بحسب ابراز المشروط عليه ،و صار العقد مقيدا به و حصته خاصة أى انشاء الملكية أى على تقدير الملكية الخاصة كما تقدم سابقا فى معنى جعل الخيار من أن معناه انشاء الملكية الخاصة المحدودة وح كان العقد صحيحا و لكن حيث كان الشرط متعذرا ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط،فلا يكون لهذا الشرط واقع بحسب البقاء لكونه لغوا فان الالتزام بغير المقدور لغو و كذلك لو كان الشارط ملتفتا من الاول فان هذا الاشتراط مع العلم بعدم القدرة عليه لغو، فلامعنى للالتزام به و لا يكون العقد خياريا به ،و هذا بخلاف صورة الجهل بكونه غير مقدورا فان الالتزام من المشروط عليه يمكن هنا و لو من باب خدعة الشارط ،و كك يصح الشرط من الشارط وعلى كل تقدير لا يمكن الزام المشروط عليه بعد العلم بالحال و ان كان العقد خياريا ٠

قوله الثاني : أن يكون الشرط سائغا فى نفسه ٠

أقول : الظاهر أن غرضه من هذا الشرط هو ما تقتضيه القواعد حيث أن مقتضى القاعدة أن يكون الشرط سائغا و الاّ فلا يكون نافذا كالالتزام بالمحرم و ما لا ينفذ مخالف لمفهوم الشرط و هو الاناطة ، فان شرط غير النافذ غير مربوطا ·

و أما بحسب الروايات فسيأتى الكلام فيه فانها مطبقة على أن كل شرط نافذ الاّ الشرط الذى خالف الكتاب و السنة و حرّم الحلال و حلّل الحرام فانه غير نافذ وعليه فالمقام من صغريات ذلك الشرط و هو الشرط الرابع فان مصاديقه أن يكون سائغا وغير محرّم ،و من صغرياته غير ذلك فلامجال لذكر هذا الشرط بالخصوص ،و الاّ كان المناسب التعرض لجميع مصاديق الشرط الرابع كما هو واضح ·

قوله الثالث: أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا ، أو بالنظر الى خصوص المشروط له ·

أقول : حاصل كلام المصنف هنا أنه لابدّ و أن يكون الشرط مما فيه غرض عقلائى و ما لا يكون فيه ذلك يكون فاسدا كاشتراط أن يكون الوزن و الكيل من افراد الكيل و الوزن المتعارفين ،و الوجه فى ذلك أن مثل ذلك لا يعد حقا للمشروط له ليكون التصرف فيه حراما أو يتضرر المشروط له بعدم الوفاء به فيثبت له خيار أو يعتنى به الشارع و اوجب الوفاء به ، كما هو واضح·

أقول : ان قلنا باعتبار المالية فى أصل البيع على ما تقدم فى محله اعتمادا على ما عن المصباح من أنه مبادلة مال بمال ، مع أنه لم نقبله هناك و التزمنا بأن بذل المال فى مقابل التراب أو الخنفساء مثلا ليس ببيع و لم نكشف بالاغراض الشخصية ،و لكن لا دليل على اعتبار وجود الاغراض العقلائية فى الشروط أصلا ،بل يصح اشتراط ما تعلق به الغرض الشخصى للشارط فاذا تخلف ثبت له الخيار و يؤيد ذلك ،بل يدل عليه أنه قد يتعلق الحلف و النذر بالفعل الذى يتعلق به غرض شخصى لا نوعى ،فهل يتوهم

أحد بطلان ذلك فنفرض المقام أيضا كذلك فيمكن أن يكون غرض الشارط ايقاع المشروط عليه في الصعوبة و نحو ذلك من الاغراض الشخصية ٠

و توهم كون ذلك سفهية و موجبة للبطلان هذا توهم فاسد لعدم الدليل على بطلان المعاملة السفهية و انما الدليل على بطلان معاملة السفيه ،وعلى تقدير أنه ورد في دليل انه لا بدّ وأن يكون الشرط مما يتعلق به غرض عقلائي كما ورد أنه لا بد و ان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب والسنة فايضا لا يمكن أن يتمسك بقوله(ع) المؤمنون عند شروطهم عند الشك في كون شرط خاص هل تعلق به غرض عقلائي أم لا ، فان ذلك تمسك للعام في الشبهة المصداقية ٠ ثم ذكر المصنف أنه لو شك في تعلق غرض صحيح به حمل عليه وحمل عليه كلام العلامة في التذكرة وهذا اعجيب منه رحمة الله عليه ، فانه أولا ليس معنى حمل فعل المسلم على الصحة الاّ عدم معاملة الفعل الحرام مع الفاعل من دون أن يترتب عليه آثار الفعل الصحيح كمن تكلم بشيء فلا يدري أنه سب أو سلم ، فمقتضى ضع فعل أخيك على أحسنه نحمله على الصحة و نقول أنه لم يسب و لكن لا يجب عليه ردّ السلام اي السامع بدعوى أنه سلم فيجب رده لاقتضاء الحمل على الصحة ٠

على أن الحمل على الصحة انما هو في مورد يكون طرف الاحتمال محرما لا لغوا ، فان اللغو يصدر عن العقلاء ، بل لا يخلو عاقل الاّ ويصدر الفعل اللغو كل يوم مرات عديدة ،و اذا خرق احد قرطاسا فهل يتوهم أن يحمل فعله هذا على الصحة و يقال انه ليس بلغو بمقتضى حمل فعله على الصحة و ليس كذلك و العجب منه رحمة الله عليه حيث حمل كلام العلامة أيضا على رأيه مع أنه ليس في كلامه فرض الشك ،و انما هو ره حكم بصحة هذا الشرط الذي لم يكن فيه غرض عقلائي ،و حكم بكون العقد خياريا ،و الظاهر أنه أراد ما ذكرناه من عدم الدليل على كون الشرط مما يتعلق به غرض عقلائي

و لا يلبس الا الخز، ثم انه على تقدير ان يرد فى رواية أيضا أنه لابدّ و آن يكون الشرط مما يتعلق به غرض عقلائى فايضا لا يمكن الحكم بصحته فى مقام الشك لكونه تمسكا بالعام فى الشبهة المصداقية و هو لا يجوز.

ثم ان المصنف (ره) ذكر بعض الشروط التى من صغريات الشرط التى لا تكون موردا للغرض العقلائى مثل ما اذا اشترى أحد عبدا كافرا و اشترط على البايع كونه كافرا ففى صحته و فساده قولان، للشيخ و الحلى من تعلق الغرض المعتد به من جواز بيعه من المسلم و الكافر مع انه لو كان مسلما لم يجز بيعه من الكافر، و لاستغراق اوقاته بالخدمة، فانه لو كان مسلما لا شغل مقدارا من أوقاته بالعبادات، و القول الآخر أنه يفسد هذا الشرط لأن الاسلام يعلو و لا يعلى عليه، و أن الاغراض الدنيوية لا تعارض الاغراض الاخروية و لكن الظاهر هو الوجه الاول فانه مع قطع النظر عن الاغراض المذكورة التى اغراض عقلائية حكمنا بصحة الشروط التى لا يتعلق بها غرض عقلائى و كيف مع الاغراض المذكورة على أن اشترى العبد لأجل هدايته من أهم الاغراض العقلائية فانه ورد أن هداية شخص خير من ملأ الارض ذهبا. الثانى يشبه بالتعليلات المذكورة فى كتب العلامة و لا يصلح سندا للافتى الخاصة المبنية على اساس صحيح من الكتاب و السنة

أما ما ذكره من أن الاسلام يعلو الخ ، فانه اجنبى عن المقام و الآ فلابدّ من الحكم بأنه لا يصح شراء المسلم الكافر مع وجود العبد المؤمن لأن الاسلام يعلو و لا يعلى عليه و أما ما ذكر من عدم تعارض الغرض الدنيوى مع الغرض الاخروى فانه ليس هنا غرض أخروى حتى يقع التعارض بينهما و يرجح الثانى فان المعاملات اغلبها للاغراض الدنيوية و ان كان فى طيها أغراض أخروية أيضا.

فتحصل أن شيئا من الشروط المذكورة لصحة الشرط الذى يجب الوفاء

قوله الرابع: أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنة فلو اشترط رقيةحر أو توريث اجنبي كان فاسدا ·

أقول : لا شبهة فى أن الشرط المخالف للكتاب و السنة غير نافـــــذ للاخبار المستفيضة ، بل المتواترة معنى و الظاهر أنه لم يخالف فى ذلك أحد فيما نعلم و لكن هنا امران ربما يحتملان فى المقام أحدهما أن أدلة وجوب الوفاء بالشرط يحتمل أن تكون مخصصة لأدلة التحريم و رافعةللحرمة و يكون المرجع الى أن المحرمات انما تكون محرمة بادلتها الاولية اذا لم يطرأ عليها عنوان الشرط فى ضمن عقد ،و الاّ تكون مباحة .بل واجب الوفاء بمقتضى دليل وجوب الوفاء بالشرط و يكون ذلك نظير طروّعنوان الثانى على الاشياء المحكومة بالاحكام بعناوينها الاولية ،و أن لم يكن المقام من ذلك القبيل كما قرر فى محله ، لان بعنوان الاضطرار يرتفع الموضوع و ليس التخصيص كذلك و كيف هذا الاحتمال ، بل ورد نظيره فى الشريعة فى التلكيفيات و الوضعيات ،أما التكليفيات كجواز الصوم فى السفر بالنذر مع أنه لم يكن مشروعا فى السفر و كجواز الاحرام قبل الميقات مع النذر مع أنه لم يكن مشروعا قبل الميقات بدون النذر ،و أما فى الوضعيات كجواز ارث كل من الزوجة أو الزوج من الآخر بالشرط فى ضمن عقد المتعة مع التوارث فى غير القرابات النسبية و غير القرابات السببية المعروفة منتفية ،الاّ أن هذا الحكم الوضعى قد ثبت بالاشتراط فيكون الدليل الدال على نفوذ هذا الشرط تخصيصا للادلة الدالة على عدم هذا الحكم الوضعى فى غير الموارد المذكورة فيمكن أن يكون المقام من هذا القبيل أيضا بأن يكون ما دل على وجوب الوفاء بالشرط مخصصا على الادلة الدالة على المحرمات أى الادلة الاولية ·

الامر الثانى : أنه يحتمل أن تكون الادلة الدالة على وجوب الوفاء

بالشروط مخصصة للاخبار الكثيرة الدالة على أن كل شرط جائز بين المسلمين الأ شرطا خالف كتاب اللّه و سنّة نبيه من الأخبار المتواترة بأن يستشكف من تلك الأدلة أی ادلة وجوب الوفاء بالشرط أن الشرط الفلانی المخالف للكتاب أو السنة لا بأس به فهوواجب العمل و هذا الأمر الثانی أن أراد به المحتمل وجوب الوفاء بالشرط تكون مخصصة لواقع ما هو مخالف للكتاب و السنة أی لحكم اللّه سواء ذكر فی القرآن أو لا ، بأن يكون الشیء فی نفسه محرما بمقتضی حكم اللّه و لكن يكون مقتضی الشرط هو الجواز ،و لا شبهة أن هذا مناقضة محضة لأن عدم رفع اليد عن الحكم الأمر بنفوذ الشرط المخالف مناقضة محضة ،فلا يمكن الالتزام به ،و هل يتوهم أحد جواز ورود التخصيص على اطاعة المخلوق بطرق المعصية و من هنا ورد أنه لا طاعة للمخلوق فی معصية الخالق و ان كان مراده التخصيص بظاهر الكتاب بمعنى أن يكشف من ملاحظة أدلة وجوب الوفاء بالشرط أن ظاهر القرآن ليس بمراد فمرجع ذلك الى الامر الاول ،فانه اذا لم يكن ظاهر الكتاب مراد يستكشف أنه ليس بحرام فی صورة الاشتراط فی ضمن عقد و هذا هو عين الامر الأول اذا عرفت هذا فاعلم ان الكلام فی المقام يقع فی جهات:

الاولى : أن المراد من الكتاب المذكور فی هذه الأخبار المستفيضة أو المتواترة أی شیء حيث ذكر فيها أن كل شرط خالف كتاب اللّه فهو باطل على ما هو مضمون تلك الروايات،فهل المراد من الكتاب هو القرآن كما هو الظاهر منها فی بدو النظر أو المراد من ذلك ما هو مكتوب فی اللوح المحفوظ و بينه بلسان نبيه و لو فی غير القرآن فيكون المراد من الكتاب هو ما كتب كما ذكر ذلك فی القرآن أيضا بقوله عز من قائل: (كتب عليكم الصيام ، كما كتب على الذين من قبلكم) و قد عرفت أن النظر البدوی يقتضی الاحتمال الاول و كون المراد من الكتاب هو القرآن ،و لكن النظر الى تلك الروايات

يقتضي اراد الاحتمال الثاني منها بأن يكون المراد بها هو ما كتبه اللّه و بينه بلسان نبيه ،و لو كان فى غير القرآن ،و انه ما من شيء الا و قد كتب اللّه فيه حكما ،و يدل عليه وجوه :

الاول : أنه ورد فى بعض الروايات لفظ السنة أيضا ، بأن لا يخالف الكتاب و السنة فأن ذلك قرينة على أن يكون المراد من الكتاب ما هومكتوب للّه من الاحكام .

الثاني : أن مناسبة الحكم و الموضوع يقتضي التعميم حيث انه لا خصوصية فى عدم نفوذ الشرط المخالف بين أن يكون مخالفا للقرآن أو لحكم الشارع و ان لم يكن مذكورا فى القرآن ، اذ لا فرق بين أحكام الشرع وأفراد أحكامه فلا خصوصية للمخالفة مع القرآن حتى لا يكون نافذا و أما مخالف السنة فيكون نافذا ، بل جميع أحكام الشارع على نسق واحد سواء كان مذكورا فى القرآن أو فى غيره ،و قد عرفت أنه لا معنى لجواز مخالفة حكم الشارع مع بقائه على حاله ، فان أمره بنفوذ الشرط المخالف مع عدم رفع اليد عن الحكم مناقضة واضحة و اذا فلا فرق بين أحكام الشارع، و بحسب مناسبة الحكم و الموضوع يحكم بأن المراد من الكتاب كل حكم شرعي فتكون النتيجة مما ذكرنا أن مفاد تلك الاخبار هو أن كل شرط نافذ الاّ شرطا خالف الحكم الشرعي كما هو واضح .

الثالث : أن مخالفة القرآن اعمّ من أن يكون مخالفا لحكم مذكور فى القرآن أو لعموم القرآن و احكامه و من الواضح أن جميع الاحكام الشرعية قد أمر فى القرآن بالاطاعة بها و الاتيان بها بمقتضي قوله : (وما اتاكم الرسول فخذوه و ما نهاكم عنه فانتهوا) و من الواضح ان شرط ما يكون مخالفا لحكم شرع من أى حكم مخالف للقرآن كما هو واضح ، فالمراد من الموافق مما يكون موافقا لحكم الشارع و لو كان مستفادا من القواعد أو كان ثابتا بالاصل الذي

دل عليه عموم حديث الرفع أو غير ذلك ·

الجهة الثانية : أن المراد من الشرط المخالف للكتاب هو الشرط الغير الموافق أو الشرط المخالف، وقد يظهر من بعض الروايات الاحتمال الاول ومن بعضها الثانى ، وذكر فى بعضها ما سوى كتاب الله الظاهر أنه لا ثمرة لهذا البحث بعد البناء على أن المراد من الكتاب هو ما كتبه الله من الاحكام ، فانه على هذا لا يوجد شرط غير موافق للكتاب الا ويكون مخالفا له كما هو كذلك ، واظهر من الجميع فى روايات المقام قوله عليه السلام الاّ شرطا سوى ما هو فى كتاب الله أى يكون غير ما كتبه الله ، نعم لا بأس للتكلم فى ذلك وان المراد أى العنوانين فى الاخبار الواردة فى عرض الاخبار على القرآن فان المراد من الكتاب هناك هو القرآن ولذا أمر بعرضها عليه وح فعنوان المخالف يفترق عن عنوان الغير الموافق ·

الجهة الثالثة : فى أن الشرط المخالف يكون على ثلاثة أقسام :الاول أن يشترط أحد المتبايعين على الاخر فعلا محرما كقتل النفس المحترمة أو الكذب أو شرب الخمر و نحو ذلك ·

الثانى : أن يشترط اعتبارا من الاعتبارات العقلائية لكون زوجته مطلقة أو كونه وارثا للآخر أو كون ولاء العتق له مع كون المعتق لشخص آخر وهكذا و هذا يرجع الى شرط النتيجة و قد عرفت فيما سبق أن مثل هذه الأمور لها اسباب خاصة لا توجد الاّ بها الاّ اذا كان ذلك الشرط على نحو يتحقق فى ضمن هذا العقد ، بأن يوجد الاعتبار بنفس الاشتراط و يتحقق القبول بقبول المشروط عليه العقد ، لما عرفت أن هذا الشرط شرط امر اعتبارى فلابدّ من ملاحظة المورد بانه يتحقق هذا الامر الاعتبارى أو لا يتحقق كما هو واضح ، فان تحقق خرج الشرط عن كونه مخالف للكتاب و الاّ فيكون مخالفا له ·

الثالث: أن يشترط أحدهما على الآخر حكما من الاحكام الشرعية كما اذا باع داره و اشترط على المشترى أن يكون الخمر حلالا أو غير ذلك من الاحكام و هذا هو اشتراط فعل الاجنبى عن العقد.

و قد عرفت أنه أمر غير مقدور للمشروط عليه و ح فان كان التعليق هو تعليق نفس العقد على الالتزام بفعل الغير.

و قد عرفت أنه باطل اذ لا معنى للالتزام بالامر الغير المقدور حتى لو قلنا بصحة التعليق فى العقود وعدم بطلانه، فلا يصح الاشتراط هنا اذ لا يمكن الالتزام بامر غير مقدور و ان كان مرجع الاشتراط هنا الى اناطة لزوم العقد بفعل الغير و أنه على تقدير تحققه يلتزم المشروط له بذلك و الاّ فلا فهو صحيح فانه على تقدير تحقق ذلك الفعل يكون العقد لازما و الاّ كان للمشروط عليه خيار تخلّف الشرط كما هو واضح فلابدّ من التكلم فى هذه الامور الثلاثة واحدة واحدة.

و قد ورد فى الروايات على ما عرفت عدم نفوذ الشرط المخالف لكتاب الله أو سوى كتاب الله أو لا يوافق كتاب الله على ما فى الروايات بالسنة مختلفة و كان الكلام فى معنى هذه الروايات و لا يخفى أن الشرط بحسب الاستقضاء قد يكون متعلقا بالمباح بأن يشترط فعل مباح أو تركه والمراد من المباح هنا ما لم يكن فيه ايجاء فيشمل المكروه والمستحب أيضا والظاهر أنه لا شبهة فى نفوذ ذلك و لم نر من يستشكل فيه.

نعم قد ذكر فى روايتين ما يوجب توهم عدم نفوذ ذلك أيضا و أنه مخالف لكتاب الله.

الاولى: رواية العياشى، عن أبن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى أمرأة تزوجها رجل وشرط عليها وعلى أهلها ان يتزوج عليها أو هجرها أو اتى عليها سرية فهى طالق،

فقال عليه السلام : شرط الله قبل شرطكم ان شاء و فى بشرطه و ان شاء امسك أمرأته و تزوج عليها و تسرّى و هجرها ان اتت بسبب ذلك ، قال الله تعالى : فانكحوا ما طاب لكم ، الى آخره ، و أحل لكم ما ملكت ايمانكم و اللاتى تخافون نشور) فأن الامور المذكورة أمور مباحة كما هو واضح ٠

الثانية : رواية ابن عمار سماها المصنف موثقة المؤمنون عند شروطهم الاّ شرطا حرّم حلالا أو أحل حراما فأن اشتراط الزام بالمباح يوجب عدم جواز العمل به لكونه محرما و الرواية الاولى و ان ذكر فيها بعض الامور المباحة الاّ أنه لا فرق بين افراد المباح جزما٠

أما الرواية الثانية فهى ضعيفة السند لغياث بن كلوب فانه لم يوثق فى الرجال و ان نقل عن الشيخ أنه و ان كان عاميّا و لكن الاصحاب يعملوا بروايته و لكنه ليس بوجه على أن المذكور فيها أن كل شرط حرّم حلالا فهو غير نافذ وعليه فلا يبقى مورد للعمل بالشروط الذى ثبت بالادلة الدالة على لزوم الوفاء بالشرط و هذا المضمون غير موجود فى غير هذه الرواية ٠

و أما الرواية الاولى فهى أولا ضعيفة السند لعدم ثبوت اعتبار تفسير العياشى ٠

و ثانيا : أن دلالتها غير تامة فانها مجملة حيث ان المذكور فى صدر الرواية أن ما تعلق به الشرط انما هو طلاق الزوجة على تقدير التزويج و الاتيان بالسرية أو هجرها فى المضجع على تقدير أتيان الزوجة بالنشوز و لكن فى ذيل الرواية استدل عليه بالآية فان ظاهر الآية أن نفس تلك الامور أى الزواج و الاتيان بالسرية و الهجر فى المضاجع مما تعلق به الشرط لا أنها مقدمة للطلاق الذى هو متعلق الشرط كما فى صدر الرواية٠

نعم ، يمكن توجيه الرواية بأن الآيات الشريفة التى استدل بها الامام عليه السلام على عدم نفوذ الشرط انما دلت على جواز تزويج المرأة فوق

الواحد و هكذا دلت على أخذ السرية و على جواز الهجر مع تحقق سببه و هو النشوز و لا شبهة أن جواز تزويج المرأة الأخرى غير الاولى ليس مخصوصا في حكم العراب و كذا اخذ السرية . بل في حق غيرهم أيضا وعليه فالشارع لم يجعل الزواج و أخذ السرية سببا للطلاق ، بل سببه شيء آخر و الاّ لم يجز للمزوج أن يتزوّج بأمرأة أخرى و الاّ يلزم أن يكون ذلك مسببا لطلاقها و ح فجعل الزواج و اخذ السرية سببا للطلاق مخالف للآيات المذكورة و كتاب الله الكريم الدالة بالملازمة على عدم جعله سببا للطلاق وأيضا جعل النشوز سببا للهجر و اشتراط عدم التهجر مع تحقق سببه مخالف للكتاب و هذا التوجيه و ان كان ممكنا في مقام الثبوت و لكن لا يمكن المسير اليه بدون الدليل .

و على تقدير كون متعلق الشرط هي الامور المذكورة في الرواية و لو بمؤنة التوجيه المذكوره ،و أيضا لا دلالة فيها على عدم نفوذ اشتراط عدم المباح حتى في الامور المذكورة و ذلك من جهة أن الامام عليه السلام قد استدل على بطلان الشرط بقوله و شرط الله قبل شرطكم و من الواضح أنه ليس في المباح شرط الله ليتقدم على شرط المتبايعين فلا يمكن الأخذ بالرواية و الالتزام بكون الشرط متعلقا بالامور المذكورة من هذه الجهة .

و قد يقال كما في المتن ان اشتراط الأمور المذكورة مناف للقرآن وأن استدلال الامام عليه السلام شرط الله قبل شرطكم صحيح ،و ذلك من جهة أن التزويج على المرأة و أخذ السرية و الهجر في المضاجع، و ان كان من الأمور الجائزة الاّ أن غرض الشارع قد تعلق بعدم تغيرها عن اباحتها فلا يكون الشرط على خلافه نافذا ، لأن شرط الله قبل ذلك، و هو و ان كان ممكنا أيضا في مقام الثبوت، و لكنه يحتاج الى دليل و هو منتف بل استدل الامام عليه السلام بالاية على كون الامور المذكورة مباحة من غير كونها مقيدة

بشيء ، و من الواضح أن الاباحة ليس فيها شرط وعليه فلامعنى للاستدلال بأن شرط الله قبل شرطكم على عدم النفوذ وعليه فلابد و أن تحمل الروايه اما على التأقدر المتقدمة أو يرد علمها على أهلها .

نعم ، يتحمل أن يكون بعض المباحات مما لا بدّ و أن يلتزم بكونه مباحا الى الأبد و أن الله اثبت الاباحة فى بعض الاشياء المباحة و اشتراط خلافها خلاف شرط الله و خلاف ما كتبه الله فلا يكون ماضيا و أن شرط الله اسبق و هذه الكبرى و ان كانت صحيحة و لكن لم نجد لها صغرى فى المباحات كما هو واضح على انا لو اخذنا بها و قلنا بأن اشتراط خلاف المباح لا ينفذ لم يبق مورد للاخبار الدالة على وجوب الوفاء بالشرط فان أيّ مورد نفرضه لا بدّ و أن فيه حكم من الاحكام اذ لا يوجد شيء الا و فيه حكم الله نافذ تشريعا و تكوينا و اذا فلا دلالة فى شيء من هاتين الروايتين على عدم نفوذ الشرط فى المباحات ، فلابدّ من الرجوع الى بقية الروايات الذى يستفاد منها كقوله عليه السلام كل شرط نافذ الاّ ما خالف الكتاب أو كان سوى كتاب الله أو غير ذلك من المضامين المختلفة و الذى يستفاد من ذلك مع ملاحظة ما دل على وجوب الوفاء بالشرط أن أى فعل كان المكلف فيه مطلق العنان و لم يكن فيه الزام من الفعل والترك و انما تعلق الالزام به من ناحية الالتزام الشرطى لا بدّ من الوفاء به و لا يكون مخالفا للكتاب و السنة أصلا لعدم تعلق شرط به من ناحية الشارع حتى يجب الوفاء به و يكون وجوب الوفاء بالشرط مناقضا له و الاّ بان يكون الالتزام الشرطى مسبوقا بالالتزام الاخر الشرعى بحيث يجب أن يعمل على طبق ذلك الالتزام السابق لكونه ملزما و باعثا للعبد نحو الفعل لا بدّ من العمل به و لا يكون شرط المخالف سابقا و مقدما عليه كما هو واضح فان حفظ وجوب الوفاء بالشرط و عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب هو ذلك و مع الغض عما ذكرناه ،

فالروايتان متعارضتان مع رواية منصور فانها دلت على نفوذ الشرط المتعلق بترك التزويج بعد ذمه بئس ما صنع و ارشاده بذلك الذم وقوعه فى المشقه و الشدة فتكون معارضة للروايتين المتقدمتين و يتساقطان و يرجع الى عموم المؤمنون عند شروطهم .

و بالجملة أن هذه الرواية و ان ذكر فيها الذم ، الاّ أنه لا يكشف من بطلان الشرط، بل هو ارشاد الى وقوع المشروط عليه فى المشقة و أنه يندم بعد ذلك و الاّ فقد حكم الامام عليه السلام بنفوذ الشرط فى ذيل الرواية .

ثم انه قد يقال بأن النسبة بينما دل على اباحة المباحات و بين ما دل على نفوذ الشرط هى العموم من وجه ففى موردالاجتماع نحكم بالتساقط و فيه أولا أن الاباحة انما تترتب على الاشياء بحسب طبيعتها و أنها لا تخالف الالزام على تلك الأشياء و ثانيا أن ما دل على نفوذ الشرط مذيل بما دل على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب والسنة و من الواضح أن المراد من المخالف ما يكون مخالفا مع قطع النظر من الشرط، فان المراد من مخالفة نفس ما تعلق به الشرط كما فى بعض الروايات لا نفس الشرط، كما يتوهم من بعض الروايات الاخرى، و الاّ يكون كل شرط مخالفا فلم يبق مورد لوجوب الوفاء بالشرط و من الواضح أن الاباحة غير مخالفة للكتاب مع قطع النظر عن الشرط بخلاف الحرام مثلا فان فعله مخالف للكتاب و السنة كما لا يخفى .

ثم انه قد يتوهم عدم جواز شرط فعل المباح والالتزام به لكونه مخالفا للرواية الدالة على عدم جواز الحلف بترك العصر و أنه التزام بخلاف التزم به الشارع و بينه . و فيه أن هذه الرواية فى مورد الحلف و قد يعتبر فيه المرجوح أو أن لا يكون تركه مرجوحا و لا شبهة أن الالتزام بترك المباح ادئما مرجوح فلا يتعلق به الحلف بخلاف المقام فانه لا بأس بتعلق الشرط بالمرجوح كما هو واضح .

هذا كله فيما اذا اشترط احد المتبايعين على الأخر فعل المباح و قد يكون الشرط على غيره فى ضمن العقد فعل الحرام بأن يشترط على غيره شرب الخمر أو أكل الميتة و غير ذلك ،و ح لو كان هنا دليل على نفوذ الشرط حتى فى فعل المحرم يكون ذلك تخصيصا لأدلة المحرّمات ونظيره أن العزل عن الزوجة الدائمة حرام ،و لكن مع اشتراط ذلك فى ضمن العقد نافذ للدليل الخاص .

ثم انه قد يتوهّم ان النسبة بين دليل المحرمات و بين أدلة وجوب الوفاء بالشرط هى العموم من وجه ،و فى مورد الاجتماع يحكم بالتساقط و يرجع الى الأصول العملية (أو الى بناء العقلاء و ارتكازهم فانه على العمل بالشرط المقرر) و لكن يرد عليه أولا أن وجوب الوفاء بالشرط انما فى فرض يكون ما تعلق به الشرط فى نفسه خاليا عن الالزام فان الظاهر من قوله عليه السلام : " المؤمنون عند شروطهم" أن العمل بالشرط انما هو من علامة الايمان كما ورد أن المؤمن فى عدته ، يعنى من علامة الايمان أن المؤمن اذا وعد يفى بوعدته ، و من الواضح أن هذا ما هو من علامة الايمان انما هو الذى لا يكون فيه مبغوضية فانه اذا وعد أحد العياذ بالله بالزنا أو اللواط أو شرب الخمر .

فهل يتوهم أحد أن العمل بهذا الشرط من علائم الايمان و كذلك الشرط فان وجوب الوفاء بالشرط انما هو فى مورد لا يكون الشيء مبغوض الايجاد قبل تعلق الشرط به ،و الاّ فلا يكون مشمولا لدليل وجوب الوفاء بالشرط .

الوجه الثانى : أنه قد ذكر فى أدلة وجوب الوفاء بالشرط الاّ ماخالف كتاب الله و سنة نبيّه أو بما سوى كتاب الله أو لا يوافق كتاب الله ، و من الواضح أن المراد من المخالف ما يكون كك مع قطع النظر عن تعلق الشرط

به بأن يكون متعلق الشرط مخالفا لكتاب الله، فان المراد من المخالفة مخالفة متعلق الشرط لا نفسه،و لذا ذكر فى بعض الاخبار ذلك و ما ذكر فى بعضها الأخر من مخالفة نفس الشرط، انما هو بنحو من العناية وعلى هذا فلا شبهة أن متعلق الشرط اذا كان فعل محرم بكون مخالفا لكتاب الله كما هو واضح ، و قد تحصل من هذين الوجهين أنه لا بدّ من تقديم جانب الحرمة فى مادة الاجتماع كما هو واضح · فافهم ·

و الحاصل : أن ما تعلق به الشرط اذا كان مباحا فلا شبهة فى نفوذ الشرط ح اذ لا وجه لصرف ما دل على وجوب الوفاء بالشرط الى فعل الواجب أو ترك الحرام، فاذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر فعل مباح ، أو تركه، يكون نافذا ·

و أما ما توهم دلالته على عدم النفوذ كرواية العياشى و غيرها فانــه فاسد ، فانه و أن كان رواية التهذيب موثقة و لكن لا يمكن المساعدة عليه من حيث الدلالة لأن المراد من المباح ما كان مباحا فى كتاب الله و معه فلا وجه للاستدلال عليه بأن شرط الله قبل شرطكم اذ لا شرط فى المباح ·

و توهّم أنه أريد من الامور المذكورة فى الرواية المباحة التى لا تتغير عنه الرخصة كما ذكره المصنف يحتاج الى دليل كما أن توهم أن بعض المباح لا بدّ و أن يلتزم بكونه مباحا الى الأبد أيضا يحتاج الى الدليل (التوهم الثانى و الثالث شئ واحد) ·

و أما اذا كان الشرط متعلقا بفعل الحرام فقد عرفت أنه لا يكون مشمولا لعموم الأمر بالوفاء بالشرط و ذلك لأن جملة هذه الأخبار الدالة على وجوب الوفاء بالشرط قد ذكر فيها الاّ شرطا خالف الكتاب أو ما سوى كتاب الله أو ما لا يوافق الكتاب و من الواضح أن المراد من الشرط المخالف هو ما يتعلق به الشرط ويكون مخالفا له مع قطع النظر عن تعلق الشرط وذلك لأن مخالفة

الكتاب مأخوذة فى موضوع الشرط المخالف فلابدّ و أن يكون الموضوع محققا قبل الحكم بأن يكون متعلق الشرط مخالفا للكتاب قبل الشرط. و أما اطلاق الشرط عليه أى على المتعلق مع أنا ذكرنا أن الشرط هو الانشاء فهو سهل لكثرة اطلاق الشرط على متعلقه و لو بالعناية. و المجاز و لو لم يكن المراد هو ما ذكرناه لم يبق شرط الاّ و يكون مخالفا للكتاب غير اشتراط ترك الحرام و فعل الواجب و على هذا فلا شبهة أن اشتراط ترك الواجب أو فعل الحرام مخالف للكتاب مع قطع النظر عن الاشتراط و عليه فلا يشمل دليل الوفاء بالشرط بأشتراط فعل المحرّم و ترك الواجب أصلا ٠

نعم ، يمكن أن يرد التخصيص على ذلك بأن يكون الشيء حراما ولكن كان بالشرط جائزا فيكون ذلك تخصيصا لما دل على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب مع قطع النظر عن الشرط كما ورد نظير ذلك فى الصوم فى السفر و الاحرام قبل الميقات و العزل عن الزوجة الدائمة مع اشتراطه فى ضمن العقد ، كما هو واضح ، و دعوى ضعف التخصيص هنا كما ذكره المصنف لا مجال له ، فانه انما يكون التخصيص ضعيفا اذا كان لحاظه مع ملاحظة متعلق الشرط مع الشرط معا ، بأن يكون شيء باقيا على حرمته حتى مع تعلق الشرط به ، فانه ح لا شبهة فى ضعف دعوى التخصيص . و ليس كك كما عرفت ، بل التخصيص انما هو فى الشرط المخالف مع قطع النظر عن الشرط . و يكون مع الشرط جائزا ٠

و بعبارة أخرى أنه يمكن نفوذ الشرط المخالف للكتاب اذا كانت مخالفته مع قطع النظر عن الشرط لا مع الشرط أيضا ، بأن يكون باقيا على حرمته مع الشرط أيضا و مع ذلك يكون نافذا و واجب الوفاء كما هو واضح ٠

على أن الشرط انما يجب الوفاء به اذا كان ذلك من علائم الايمان كالوعد و الحرام ليس كذلك . كما تقدم ، و هل يتوهّم أحد كون فعل الزناء مع

الوعد أو الاشتراط من علائم الايمان ·

(و أما القسم الثالث) و هو أن يشترط أحد المتعاقدين على الآخر اعتبار أمر كأن يبيع داره من هند و يشترط عليها أن تكون زوجة له أو يبيع فرسه من غيره و يشترط عليه كون المزرعة الفلانية ملكا للبايع و هكذا و هو على ثلاثة أقسام، لأن هذا الامر الاعتباري الذي يشترط أحدهما على الآخر تحققه قد يكون على نحو لا يحتاج الى سبب خاص و لا يكون من فعل شخص آخر، بل يكون فعلا اختياريا للشارط بحيث يصح اعتباره منه، بأي سبب كان، و بأي نحو ابرز و هذا لا شبهة في تحققه بالشرط و قبول المشروط عليه، و ذلك كاشتراط أن يكون المشتري وكيلا للبايع في فعل خاص أو يشترط عليه أن يكون وصيا له أو تكون داره ملكا له بعد موته فان هذه الأمور تتحقق بمجرّد قبول المشتري و يكون قبوله ابرازا للوكالة و الوصية و التمليك كما هو واضح، فان الامور المذكورة أمور اختيارية للشخص و غير محتاجة الى سبب خاص فتكون مبرزة مقبول المشتري، أي من عليه الشرط اشتراط الشارط كما هو واضح ·

و قد يكون اعتبار أمر غير اختياري للمشروط عليه كأن يشترط عليه كون زوجة زيد الذي هو غير المشروط عليه طالقا، أو كون ابنته زوجة للشارط نحو ذلك فان ذلك و أمثاله من افعال الاجنبي و من اعتباراته النفسانية فلا معنى لاشتراطه على المشروط عليه على أنها محتاجة الى سبب خاص، فلا توجد بأي سبب كما هو واضح ·

و قد يكون ذلك أمرا اختياريا للمشروط عليه الاّ أنه لا يوجد لاحتياجه الى سبب خاصّ و لا يوجد بكلّ سبب كأن يشترط عليه كون زوجة طالقا أو كون بنته الصغيرة زوجة للشارط، فان ذلك و ان كان تحت اختيار الشارط الاّ أنه لا يوجد الاّ بسبب خاص فان الطلاق لا يكون طالقا الاّ أن يقول

انت طالق . لا يكفى أن يقول طلقتك ،و نحوه ،و كذلك النكاح .

نعم . يمكن ورود التخصيص على كل من الشقين الاخيرين . و يحكم الشارع بتحقق الاعتبار المذكور بالاشتراط فى ضمن العقد ، كما يمكن أن يرد التخصيص على الشق الاول أيضا ، بأن يحكم الشارع بعدم تحقق الاعتبار بالاشتراط و ان كان أمرا اختياريا للمشروط عليه و كان يوجد بأى سبب الآ أن الشارع حكم بعدم تحققه بقبول الشرط و ابرازه بذلك ، فان ذلك كله تحت يد الشارع .

و أما القسم الرابع ،و هو ما اشترط على الآخر فى ضمن العقد جعل وجود حكم من الاحكام الشرعية كأن يبيع داره و يشترط عليه حلية الخمر أو شىء آخر من المحرّمات أو أباحة واجب و نحو ذلك .و قد ذكرنا سابقا أن هذا يرجع الى اشتراط فعل الاجنبى .

و عليه فان كان الشارط ملتفتا على كونه فعل الغير ،غير مقدور للمشروط عليه ،و كان غرض الشارط تعليق أصل العقد على ذلك فلا شبهة فى بطلان العقد ، فانه مضافا على بطلان التعليق فى العقود ، أن هذا باطل لعدم امكان الالتزام بالغير المقدور فيكون العقد باطلا لعدم حصول المعلق عليه و هو الالتزام اذ لا يوجد الالتزام .و لا يتحقق الامر الغير المقدور .

و ان لم يكن ملتفتا بذلك أى بكونه غير مقدور و اظهر المشروط عليه أيضا التزامه بالشرط أو كان الشارط ملتفتا بكونه غير مقدور .ولكن علق الخيار على ذلك الشىء ، فلا شبهة فى صحة العقد ،و لكن يكون للشارط الخيار على تقدير التخلف حتى لو قال بعتك واشترط لنفسى الخيار على تقدير عدم حلية الخيار كان صحيحا ، فان هذا ليس اشتراط الحرام ليكون مخالفا للكتاب ، بل اشتراط الخيار على تقدير التخلف و هو صحيح حتى مع العلم بعدم الحصول و كونه حراما فان مرجع جعل الخيار الى تحديد الملكية و

انشائها محدودة و انشاء الملكية المحدودة أى الملكية على تقديربمكان من الاماكن كما عرفت فى معنى جعل الخيار و هذا واضح لا شبهة فيه -

ثم ان المصنف (ره) بعد ما ذكر حكم مخالفة الشرط للكتاب والسنة ذكر أنه مع الشك فى كون شرط مخالفا للكتاب و السنة يرجع فى مشروعية الشرط الى أصالة عدم مخالفته للكتاب، و ما ذكره هنا مخالف لما ذكره فى أصوله و عقد عليه تنبيها خاصا لعدم جريان هذا الأصل فى تنبيهات الاستصحاب و اطال شيخنا الاستاذ الكلام فى عدم جريان هذا الأصل و ذكرنا نحن أيضا فى الاصول أن هذا الأصل غير جار لأنه ان كان المراد من عدم مخالفة ذلك الشرط للكتاب و السنة هو العدم النعتى فليس له حالة سابقة اذ فى أى زمان كان هذا الشرط و لم يتصف بعدم كونه مخالفا للكتاب و السنة و ذلك لأن فى العدم النعتى لا بدّ و أن يوجد الموضوع بدون النعت ليكون مسبوقا للعدم النعتى ، حتى يمكن استصحاب عدم هذا النعت عند الشك فى اتصاف ذلك الموضوع بهذا النعتى العدمى ، و ان كان المراد من العدم العدم المحمول ، فهو و ان كان له حالة سابقة و لو قبل الشرع و الشريعة أو بعد الشريعة أيضا بمقدار من الزمان الاّ أن استصحاب ذلك لا يثبت الموضوع الشرعى و لا يثبت أن هذا الشرط غير مخالف للكتاب و السنة ، الاّ على القول بالأصل المثبت، فان كون هذا الشرط غير مخالف للكتاب من اللوازم العقلية للعدم المحمولى و كل ذلك لا شبهة فيه و لا نحتاج الى التطويل، و لكن قد ذكرنا فى محله حجية العدم الازلى و معه لا نبتلى بهذه الاشكالات كما هو واضح ، فراجع.

و لكن العدم الازلى لا يجرى فى المقام و ذلك لعدم وصول النوبة اليه و بيانه أن الشك تارة يكون فى الجعل و أخرى فى تغير الحكم بالشرط و نحوه، و الشق الاول و ان كان خارجا عن كلام المصنف و لكن نتكلم فيه أيضا

توفية للاقسام و الكلام ·

أما الشق الاول فتارة يكون الشك فی الحكم التكليفی و أخری فی الحكم الوضعی ، أما الاول كما اذا باع متاعا من زوجته مثلا ، أو تزوجّها و اشترط عليها أن ترقص له فی كل ليلة و شككنا فی أن هذا الشرط مخالف للكتاب أم لا ، و لا نكتب هذا المثال ، فانه مزاحی أو اشترط شرب التتن مثلا ، و شككنا فی كونه مشروعا وعدمه فانه بناء علی ما ذكرناه من كون الشرط مخالفا للكتاب هو كون متعلق الشرط مخالفا له مع قطع النظر عن الشرط فلا شبهة فی أن هذا الشرط غير مخالف له فان مقتضی الاصول العملية تثبت كون ترقص مباحا ، فانه من الشبهات البدوية و تجری فيه البرائة ،و كك الحال اذا احرزنا حكم المشكوك بالامارة أو بالاصول الاخر غير البراءة فان هذا الموضوع الخاص مباح و غير مخالف للكتاب و السنة ·

و أما اذا شككنا فی الحكم الوضعی بأن اشترط شرطا فی العقد و شككنا فی صحته و فساده أی نفوذه و عدمه فان مقتضی الأصل هو الفساد و هذا هو المعنی من قولهم أن الأصل فی العقود و الايقاعات هو الفساد الاّ أن يكون الاشتراط هنا من القسم الرابع بأن اشترط فی العقد الخيار علی تقدير وجود الحكم الفلانی ، فقد عرفت أنه مع عدم التحقق يثبت للشارط الخيار بان يكون الشرط أی متعلقة مما يشك فی كونه صحيحا أو فاسدا. نعم اذا كان الشك فی أصل صحة جعل الخيار كان الحكم فيه أيضا الفساد لما عرفت أن الأصل فی العقود الفساد و فی كل من هذين الفرضين للقسم الأول لا تصل النوبة الی الاصل أصلا ، حتی يستشكل فيه أنه يجری فی المقام أو لا يجری·

و أما اذا كان الشك فی تغيّر الحكم بالشرط فايضا لا تصل النوبة الی الأصل ، لما عرفت أن المراد من مخالف الكتاب هو المخالف لو لا الشرط و

عليه فلا تتغير ذلك بالشرط الاّ اذا كان هنا تخصيص، و هو يحتاج الى الدليل ، و فى كل مورد ورد دليل على نفوذ الشرط المتعلق بالحرام كما فى الأمور المتقدمة يحكم بنفوذه و الاّ نحكم بالبطلان لاجل تلك الأخبار المتواترة الدالة على أن الشرط المخالف للكتاب و السنة باطل كما هو واضح.

و قد تحصّل أنه لا تصل النوبة فى الموارد المشكوكة الى الأصل أصلا حتى يتكلم فى جريانه وعدمه و ان نقحنا فى الأصول أن الأعدام الأزلية لا مانع عن جريانها .

ثم انه بقى الكلام فى بعض الفروع التى وقع الكلام فى كون الشرط فيها مخالفا للكتاب و السنة أم لا ، و قد اشار الى عنوان هذا المطلب المصنف بقوله : و انما الاشكال فى تميز مصداق أحدهما عن الآخر فى كثير من المقامات .

منها كون من أحد أبويه حرة رقا بأن يشترط صاحب الأمة على من يتزوجها من الحر أن يكون الولد على تقدير حصوله رقا و قد وقع الكلام فى كون هذا الشرط سائغا وعدمه .

و محصل كلام المصنف هنا أنه ان كان عدم كون ولد الحر رقا الثابت بالأدلة المتواترة من قبيل العلة بحيث لم يتخلف عنه الحكم كان هذا الشرط مخالفا للكتاب و السنة فان الولد الحاصل من الحر و الأمة بمقتضى الادلة الدالة على تبعية الولد لا شرف أبويه ، يكون حرا ، لكونه ولد حر ، فلا يكون اشتراط كونه رقا فى عقد الزواج نافذا لاستحالة تخلف المعلول عن علته التامة و ان كان كون الولد للحر من مقتضيات كون الولد حرا لا علّة تامة لذلك فلا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنة ، و لكن لم يرجح شيئا عن هذين الاحتمالين .

أقول : قد عرفت أن المراد من كون الشرط مخالفا للكتاب هو مخالفته مع قطع النظر عن الشرط لأن ذلك أى المخالفة ماخوذ فى موضوع الشرط فلا

يمكن أن يلاحظ ذلك مع الشرط وعليه فلا شبهة أن اشتراط أن يكون الولد رقا فى ضمن عقد التزويج مخالف للكتاب، لأن الادلة مطبقة على كون ولد الحر حرا و ممّا يدل على كون هذا الشرط مخالفا للكتاب أنه لم يتوهم أحد جواز اشتراط هذا الشرط فى ضمن العقد البيع أو عقد آخر، بل كلمن ذكر هذا انما ذكره فيما اذا اشترط ذلك فى ضمن عقد تزويج الأمة كما هو واضح.

و أما الخلاف فى أن هذا الشرط نافذ أو غير نافذ فليس من جهة العمومات الدالة على وجوب الوفاء بالشرط ليقال انه أى فرق فى التمسك بها بين أن يكون الشرط المذكور فى ضمن عقد الزواج أو فى غيره، بل الخلاف المذكور من جهة الروايات التى دلت جملة منها على نفوذ ذلك الشرط و جملة أخرى على عدم نفوذها فمن عمل بالطائفة الأولى حكم على تخصيص ما دل على عدم كون ولد الحر حرا، بل يكون حرا بالشرط فى ضمن عقد زواج الأمة للحر، و من عمل بالطائفة الثانية فمنع عن نفوذ ذلك الشرط، فلم يقل بالتخصيص و حيث انه ليس هذا مورد العمل و الأثر الفعلى لم نتعرض لتلك الروايات.

قوله: و منها ارث المتمتع بها هل هو قابل للاشتراط فى ضمن عقد المتعة أو عقد آخر، أم لا.

أقول: الظاهر لا خلاف فى أن اشتراط ارث الزوجة المتمتع بها بحيث تكون كسائر الزوجات صحيح و ذكر بما حاصله الظاهر أنه أتفق الفقهاء رضوان اللّه عليهم على عدم مشروعية اشتراط الشرط المذكور فى ضمن عقد آخر و أيضا اتفقوا على عدم مشروعية اشتراط ارث اجنبى آخر فى ضمن أىّ عقد كان سواء كان هذا العقد المتعة أم غيره، و على هذا يقع الاشكال فى أفراد غير الوارث و فى أفراد العقود فان كان ثبوت الحكم لموضوعه على وجه العلة التامة بحيث لا يتخلف بأن يكون غير الوارث وارثا فلماذا تخلف فى

عقد المتعة ، و قد فرضنا أن ثبوت التوارث للاشخاص الخاصة على نحو العلة التامة و ان فرضنا أن ذلك على نحو الاقتضاء فلماذا يجرى فى غير عقد المتعة ، و لماذا لا يجوز اشتراط ارث غير الوارث من غير الزوجة المتمتع بها فى ضمن عقد المتعة .

أقول : قد عرفت حكم ذلك من الفرع السابق وتوضيح ذلك أن العمومات الدالة على وجوب الوفاء بالشرط بالنسبة الى اشتراط ارث أى اجنبى من الأجانب و فى أى عقد من العقود سيّان فان كان ثبوت الارث الذى هو حكم من الأحكام الوضعية على موضوعه على نحو ثبوت المعلول لعلته فلا يصح فى جميع العقود و لا فى شخص من غير الوارث ، و ان كان ذلك بعنوان المقتضى صح الاشتراط مطلقا .

و قد عرفت فى القسم الثالث من الشرط أن اعتبار أمر اعتبارى لشخص لا يكون تحت اختيار الشخص دائما و بأى سبب كان ففى المقام اعتبار مالية التركة لغير الوارث ليس فى اختيار المورث و لكن قد ورد فى جملة من الروايات المعتبرة جواز ارث الزوجة المتمتع بها فى عقد المتعة ، و عمل بها المشهور فيكون ذلك تخصيصا لما دل على ثبوت التوارث فى الموارد الخاصة و نكشف من ذلك أن هذا الشرط المتعلق بما هو مخالف للكتاب مع قطع النظر عن الشرط ليس مخالفا له مع لحاظ الشرط كما هو واضح و من هنا يعلم أنه لا وجه للاشكال المذكور فان جواز الشرط المذكور فى هذا المورد ليس من ناحية أدلة الوفاء بالشرط حتى يشكل بعدم الفارق بين أفراد العقود و بين أفراد الأجانب ، بل بين أن يشترط كون الزوج و الزوجة مثل سائر الزوجات أو مثل بقية الوارث من الابن و البنت و الاب و الام و غيرهم ، كما لا يخفى .

نعم ، فى المقام روايتان اشار اليها السيّد (ره) فى المقام ، احداهما

مرسلة الكافى الدالة على عدم جريان الارث فى المتعة اشترط أو لم يشترط.

و الثانية رواية البرقى و هى أيضا بهذا المضمون و قد عمل بمضمونهما السيّد فى حاشيته. و ان التزم فى العروة على ما ببالى بعدم نفوذ هذا الشرط، و لكن الظاهر أن ما ذهب اليه المشهور من نفوذ هذا الشرط فهو المتعيّن و لا تقاوم هاتين الروايتين بذلك.

أما الرواية الأولى فنحتمل أنها هى رواية البرقى بعينها فان صاحب الكافى لم يسمى بالراوى بل نقل بعنوان روى فلعلها ما نقله البرقى و على تقدير كونها رواية مستقلة و هى ضعيفة السند للارسال، و لذا لم يستند اليها الكلينى أيضا، و نقله بعنوان روى.

و أما الرواية الثانية فالظاهر أنها أيضا ضعيفة السند لأن فى سندها حسن و هو لم يوثق و يحتمل أنه حسين و لذا عنوان الشيخ فى أول كلامه بعنوان حسن و سماه فى آخر كلامه بحسين، على ما فى رجال المامقانى و يحتمل ان يكون اماميّا و أما التوثيق فلا، و على تقدير أن يكون هاتان الروايتان معتبرتين لا تقاوم الروايات الدالة على نفوذ الشرط لأنه مضافا الى كونها مشهورة أو قريبة منها، و عمل المشهور بها و كونها أصح سندا أنهما يتعارضان و لابدّ من ترجيح ما دل على نفوذ هذا الشرط لكونه موافقا للكتاب اذ المذكور فيها أن للزوجة الربع مع عدم الولد و الثمن مع وجود الولد و من الواضح أن الزوجة تطلق على المتعة كما تطلق على الدائمة و من هنا استدل الفقهاء فى كثير من ابواب الفقه على ترتب أحكام الزوجة على المتعة بصحة اطلاق الزوجة عليها غاية الأمر قد ثبت بالروايات أن المتعة لا ترث فاوجب ذلك خروجها عن الآية الاّ أن ذلك لا ينافى ثبوت التوارث بينهما من جهة الاشتراط للروايات الدالة على نفوذ هذا الشرط فى عقد المتعة و قد فرضنا أن ذلك لا يخالف الكتاب، بل يوافق اطلاقه، كما

هو واضح ٠

قد عرفت أن اشتراط الارث فى عقد المتعة مما وقع فيه الخلاف بأنه شرط خلاف الكتاب أم لا ، فالمشهور هو الثانى و بعضهم الى الأول .وذكرنا سابقا أن اعتبار الملكية لشخص آخر .و ان كان امرا اختياريا لكل شخص و ليس له سبب خاص و لكن اعتبار ملكية التركة بعنوان الارث لغير الوارث ليس فى اختيار الانسان الا اذا كان ذلك من باب الوصية من الثلث و الاّ فهو شرط على خلاف حكم الله و من ذلك اشتراط الارث للزوجة المنقطعة فى عقد المتعة و من هنا ورد فى عدة من الروايات أن المنقطعة لا ترث وزواج المتعة ليس زواج ارث٠

نعم، ورد فى جملة أخرى من الروايات أن المتعة قد تكون زواج ارث كما اذا اشترط فيها التوارث .و قد لا تكون زواج ارث ان لم يشترط فيها الارث، فيعلم من هذه الأخبار جواز اشتراط الارث للمنقطعة فى العقد فتكون هذه الأخبار مخصصة لما دل على عدم الارث فى المتعة كما أن الاخبار الدالة على عدم الارث فى المتعة مخصصة للآية الشريفة الدالة على ارث الزوجة لكونها مطلقة تشمل الدائمة و المنقطعة ٠

و لكن هنا روايتان تدلان على عدم ارث الزوجة المنقطعة اشترط أم لم يشترط، احديهما مرسلة الكافى و الثانية رواية البرقى .و ذكرنا أن المحتمل القوى أن يكون المراد من المرسلة هى رواية البرقى و على كل تقدير سواء اتحدا أم تعددا ، فرواية الكافى مرسلة و رواية البرقى ضعيفة لما تقدم فلا تكونان متعارضتين لما دل على ثبوت التوارث فى زواج المنقطعة بالاشتراط و على تقدير صحة السند ذكرنا سابقا أنه لا بدّ من ترجيح ما دل على ثبوت الارث بالاشتراط لكونه موافقا لعموم القرآن الدال على ثبوت الارث فى الزواج مطلقا لاطلاق المزوجة على الدائمة و المنقطعة كما هو كثير فى كثير

من أبواب الفقه و لكن نقول أنه لا بدّ من تقديم ما دل على عدم التوارث لعدم وصول النوبة الى الترجيح حتى نأخذ الموافق للكتاب، بل هنا عموم فوق و هو الأخبار الدالة على عدم التوارث، وعليه فيحكم بالتساقط ، أى تساقط ما دل على ثبوت الارث بالاشتراط وعدمه سواء اشترط أم لا ،فيرجع الى تلك الأخبار الدالة على عدم الارث فى المنقطعة مطلقا .

قوله : و منها أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان فى العارية .

أقول : المشهور أن اشتراط الضمان فى العارية صحيح، ولكن اشتراطه فى عقد الاجارة غير صحيح ، و قد اشكل ذلك بانه ان كانت الامانة موجبة لعدم ضمان الأمين وعلة تامة لذلك فلابدّ و ان لا يتخلف فى الاجارة و العارية كليتهما و ان لم تكن علة لذلك بل مقتضية له فلماذا تخلف ذلك فى العارية دون الاجارة مع أن كل من المعير و المستأجر أمنان فى وضع اليد على العين المعيرة و المستأجرة .

أقول : أن المراد من الضمان هنا ليس ما هو المراد فى باب الضمان أى الضمان على دين أحد و نحوه ، فانه بمعنى نقل الدين على ذمة الضامن أو ضم الذمة الى الذمة كما عليه العامة ، بل المراد من الضمان هنا هو ان يشغل الضامن ذمته بالعين على تقدير تلفها فيكون المراد منه الضمان بالعين على تقدير التلف و سبب هذا الضمان أى ضمان العين أمران اما اتلاف العين التى هى ملك للغير فيكون المتلف ضامنا لها بمقتضى من اتلف مال الغير و هو له ضامن و اما بدليل على اليد ما أخذت حتى تؤدى و لو بضميمة بناء العقلاء عليه ،وليس هنا سبب ثالث لهذا الضمان وعليه فاشتراط ضمان العين فى ضمن عقد من العقود مخالف لما هو ضرورى فى الشرعية اعنى عدم كون غير الاتلاف سببا للضمان فيكون شرطا مخالفا لما كتبه اللّه على عباده وبيّنة بلسان سفرائه الاّ أن يكون هنا مخصص فى مورد بحيث ورد

دليل خاص على أن الاشتراط فى ضمن العقد الفلانى يكون موجبا للضمان أيضا لا يقال أن دليل وجوب الوفاء بالشرط يدل على أن الشرط أيضا من أسباب الضمان، و فيه أنه ليس بمشرع حتى يدل على ذلك فانه انما يشمل الموارد التى كان للشخص جعل ذلك فى طبعه على نفسه أى يكون سائغا فى نفسه و يكون دليل الوفاء بالشرط دالا على الالزام ولم يثبت فى الشريعة أن يضمن أحد ما اتلافه شخص آخر و عدم ثبوت المانع عنه لا يكفى بل لابدّ و أن يثبت له حق على ذلك كما جاز له ان يعطى قيمة العين مع التلف قبل الشرط فيجوز شرطه أيضا ، فافهم .

و على هذا فيرتفع الاشكال فى المقام حيث انه وردت روايات معتبرة على جواز اشتراط الضمان أى ضمان العين مع التلف على المعير فى عقد العارية فتكون هذه الروايات مخصّصة لما هو ثابت فى الشريعة من عدم كون غير الاتلاف و اليد من موجبات ضمان العين و لكن لم يرد ذلك فى غير العارية فيبقى تحت القاعدة الاولية أعنى عدم وجود سبب لضمان العين غير اليد و الاتلاف و أن الاشتراط ليس من أسبابه و قد عرفت فى القسم الثالث من الشرط أن اشتراط ما ليس بسبب لحكم وضعى أو تكلفى لا يكون نافذا و يكون الالتزام به لغوا .

ثم ان هذه فيما اشترط الموجر على الاجير الضمان ، أى ثبوت ضمان العين على ذمة المستأجر بحيث يكون من جهة ديونه و يكون ثابتا فى التركة على تقدير عدم الاعطاء و أما لو اشترط عليه اعطاء قيمة التالف ، فهو لا يكون مخالفا للكتاب و السنة و لا يكون الاشتراط سببا مستقلا للضمان ، بل يكون ذلك من شرط الفعل و قد تقدم أنه نافذ ، بل قد تقدم فى القسم الثالث من الشرط أن اشتراط اعتبار امر اعتبارى فى ضمن العقد لا بأس به اذا كان فى تحت اختياره . فهو من شرط الفعل ، فيكون نافذا ، و مع التخلف

ثبت الخيار للمشروط له فيكون الاشتراط موجبا لثبوت حكم تكليفى عليه وعلى تقدير العصيان لا يثبت فى ماله بحيث يكون من جملة ديونه كما كان الاول كذلك ، فان الثابت بمقتضى شرط الفعل هنا يكون هو الحكم التكليفى فقط و أما ثبوت الخيار فلا مجال له بعد فرض العين المستأجرة تالفا ، و يمكن أن يرجع الى ذلك المعاملات الرائجة بين التجار حيث يدخلون أموالهم فى البيمة بان يكون ضمانها مع التلف على الدولة فان ذلك من جهة اشتراط كون قيمة المال على الضامن مع التلف فى ضمن عقد لازم أو يعطى مقدارا من المال للضمان بهبة و يشترط ذلك فى ضمنه كما هو واضح فبذلك تكون معاملة مشروعة و لا يكون ذلك اكلا للمال بالباطل .

قوله : و منها اشتراط أن لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر .

أقول : قد اختلفوا فى صحة هذا الشرط و عدمه و ذهب المشهور ظاهرا الى نفوذه لعموم دليل وجوب الوفاء بالشرط و ذهب بعضهم الى عدم النفوذ لأن هذا الشرط مخالف للكتاب. فان المكتوب لله هو وجوب اطاعة الزوجة للزوج فالشرط المذكور مخالف له .

و لكن قد عرفت أن معنى كون الشرط مخالفا للكتاب هو المخالف مع قطع النظر عن الشرط و لا شبهة أن اخراج المرأة من بلدها الى بلد آخر فى نفسه من المباحات و ليس فيه مخالفة للكتاب فلا بأس باشتراط عدم خروجها فى ضمن عقد النكاح ، أو البيع. أو غير ذلك من العقود ، فيكون هذا الشرط نافذا و صحيحا كما هو واضح . و هذا لا شبهة فيه .

ثم انه اذا خالف الزوج هذا الشرط و طلب من الزوجة الخروج من بلدها فهل يجب للزوجة اطاعته أو يجوز لها أن يخالفه فى ذلك ربما يقال بالأول لوجوب اطاعة الزوجة لزوجها و الشرط المذكور لا يوجب جواز مخالفتها بعد مخالفة الزوج لكونه مخالفا للكتاب و السنة الدالة على وجوب

اطاعة الزوجة للزوج فی أی شیء یرید منها فی غیر معصیة الخالق ٠

و لكن هذا الاشكال واضح ، الدفع بداهة أنه يجب للزوجة اطاعة زوجها فيما له حق لا فيما ليس له حق ،و من الواضح أنه بعد اشتراط أن لا يخرجها الزوج من بلدها الى بلد آخر الاّ برضايتها فی ضمن عقد لازم من العقود ليس له حق فی هذه الجهة على الزوجة حتى يجب عليها أن تطيعه فی هذه الجهة أيضا و هذا واضح لا شبهة فيه و تحصّل أن هذا الشرط أيضا نافذ وغير مخالف للكتاب و السنة ٠

قوله : الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد٠

أقول : ذكر المصنف فی ذيل هذا الشرط فروعا :ــ

منها : ما ذكره بعضهم من أنه اذا باع شيئا و اشترط عدم البيع ولكن ذكر العلامة أنه صحيح و قواه بعض من تأخر عنه ٠

منها : ما ذكره فی سؤال فی بيع الحيوان من جواز الشركة فيما اذا قال الربح لنا و لاخسران عليك لصحيحة رفاعة فی الشركة فی الجارية ،و لكن النص مختص بالجارية ٠

و منها : اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها الى بلد آخر، و قد جوّزه جماعة للنص وعدم المانع و منعه آخرون ٠

و منها : مسألة توارث الزوجين فی عقد المنقطعة ٠

أقول : الظاهر بل الواقع أنه لم ينقح حقيقة الشرط المخالف للكتاب و السنة و حقيقة الشرط المخالف بمقتضى العقد فی كلمات الفقهاء و لذا ترونهم يذكرون جملة من الفروع مثالا للشرط الذی يكون مخالفا لمقتضى الكتاب، و أيضا يذكرونها بعينها مثالا لما يكون مخالفا لمقتضى العقد ولا بدّ لنا من تنقيح ذلك حتى يتضح لنا واقعهما و حقيقتهما و يعلم أن ما يكون مثالا لأحدهما هل يمكن أن يكون مثالا للآخر أيضا أولا يمكن ٠

فنقول : أن الشروط فی العقود على نحوين لأنها قد تكون معتبرة فی العقود بحسب الارتكاز و بناء العقلاء و تسمى ذلك بالشروط فی ضمن العقد بحيث لا يحتاج الى الذكر و قد تكون معتبرة فيها بالاشتراط و بدونه لا يكون جاريا فيها ، بل يكون العقد مطلقا بالنسبة اليه .

اما القسم الأول فهو كثير منها ما تقدم من كون المثمن بالقيمة المساوية للقيمة السوقية و الاّ كان للمغبون من البايع أو المشتری خيار الغبن و ان لم يشترط ذلك فان بناء العقلاء بحسب ارتكازهم على ذلك فيكون هذا الشرط معتبرا فی المعاملة سواء صرح به أم لا ، و من هنا قلنا سابقا أن خيار الغبن انما هو ثابت بالشرط الضمنی و بتخلفه يثبت الخيار للمشروط عليه كما هو واضح .

و منها : عدم كون كل من الثمن أو المثمن معيبا فان الشرط الضمنی على ذلك و الاتكازی العقلائی يقتضی كونهما خاليين عن العيب والاّ ثبت الخيار لمن كان ماله معيوبا و من هنا قلنا ان خيار العيب على القاعدة و لم يحتاج الى ورود رواية فيه و ان كان ثبوت مطالبة الارش فيه على خلاف القاعدة .

و منها : انصراف الثمن الى نقد البلد و هكذا انصراف تسليم المبيع الى بلد البيع و ان لم يصرّحا بذلك و قد ذكرنا سابقا أن الميزان فی الشروط الضمنية ما يكون معتبرا فی العقد بدون التصريح والانصراف المذكور كذلك وعلى هذا فلو قال البايع أو المشتری انی أريد أن اسلم الثمن أو المبيع فی بلد آخر كان للآخر خيار الفسخ مع أنه لم يشترط الخيار فی ضمن العقد و هكذا كل شرط ضمنی فان الميزان هو ما ذكرناه فيكون المنشأ فی الحقيقة هو الحصة الخاصة من الملكية و نحوها على مقتضيات العقود المعاملية لما ذكرنا سابقا فی معنى جعل الخيار و قلنا ان معناه هو تحديد المنشأ و

انشاء حصة خاصة من الملكية مثلا ،بل فى الحقيقة أن هذا القسم من الشرط ليس بشرط أصلا ،و انما المنشأ هو المنشأ المضيّق من الأول فكان المنشى للعقد مع وجود الشروط الضمنية قد انشاء حصة خاصة و طبيعة مضيقة كما هو واضح و من هنا لا نحتاج فى اعتبار هذه الشروط الضمنية فى أى عقد كان الى شمول دليل وجوب الوفاء بالشروط عليها و انما يكفى فى صحتها ، و نفوذها نفس عموم أدلة المعاملات من اوفوا بالعقود و الصلح جائز بين المسلمين وغير ذلك من الأدلة حسب كل معاملة دليلا خاصة و مخصوصا بمعاملة خاصة كالصلح جائز بين المسلمين أو عاما كقوله : المؤمنون عند شروطهم و السر فى ذلك هو أن المعاملة المنشأ هو معاملة مضيقة و العقد المتحقق عقد خاص و الدليل الدال على وجوب الوفاء بالعقد انما يدل على الوفاء بهذا العقد المضيق فيكون نفس ما يوجب التضيّق الذى نسميه شرطا ضمنيا ويترتب على مخالفته الخيار مشمولا لعموم الوفاء بالعقد ، فان العقد الذى وجد فى الخارج و شمله هذا العموم وغيره هو هذا المضيق لا غير ، فافهم .

نعم ، انما يجرى ذلك فى العقود القابلة للتضيق من حيث الزمان بحيث يكون المنشأ فيها محدودا ككون الملكية فى البيع الخيارى ملكية محدودة ،و أما العقود التى لا يكون قابلا للتضيّق فلا يجرى فيها ما ذكرناه اعنى تضيق المنشأ و انشاء الطبيعة المحدودة و المضيقة و لو بمؤنة الشروط الضمنية المأخوذة فيها بحسب ارتكاز العقلاء و ذلك كعقد النكاح فان الشارع قد جعله دائميا أو مقيدا بأجل خاص فلابدّ و ان ينشأ اما دواما بحيث لا يزول بالفسخ أصلا الاّ فى موارد خاصة الثابتة بالنص الخاص ولا يرتفع الاّ بالطلاق أو مؤجلا بأجل معلوم و أما انشاءه محدودا بأجل غير معين كالملكية المحدودة بالخيار فلا ، بحيث يكون كل من الزوج أو الزوجة

مخيرا فى فسخ عقد النكاح فى أى وقت أراد ، فان عقد النكاح لم يثبت فى الشريعة مقيدا بأجل غير معين ، فحيث جرى فيه ما ذكرنا من اعتبار الشروط الضمنية الموجبة لتضيّق دائرة المنشأ و أن المنشأ فيها ليس الآحصة خاصة فلازم ذلك أن يكون الخيار محدودا بزمان غير معين أعنى فسخ من له الخيار فى أى وقت أراد و قد عرفت أنه غير مشروع و بذلك حكمنا بعدم جريان الخيار فى النكاح فى حاشية العروة من غير احتياج الى التمسك بالاجماع كما زعمه بعض الاعلام ، فافهم .

و أما القسم الثانى من الشرط و هو ما يكون معتبرا فى العقد بالاشتراط الصريح .

و هذا قد يكون شرطا موافقا للقواعد الشرعية كجميع الشروط السائغة كاشتراط الكتابة و الخياطة و غيرهما من شرط الفعل و النتيجة فان ذلك صحيح و نافذ و يجب الوفاء بها بمقتضى دليل الوفاء بالشرط و يكون مع التخلف موجبا للخيار سواء كان الشرط فى أصل تعليق العقد بالالتزام بشىء أو فى تعليق الالتزام بالعقد بشىء و قد تقدم تفصيله .

و قد يكون الشرط مخالفا لمقتضى العقد .

و قد يكون مخالفا للكتاب و السنة و الفارق بينهما أن لكل عقد لمقتضى فاذا كان الشرط ينافى ذلك المقتضى كان هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد كما اذا باع داره من شخص و اشترط عليه أن يملكها و آجر دابته من غيره و اشترط عليه أن لا تكون منفعتها له ، وهكذا فان هذا الشرط مناقض لمقتضى العقد ، فان معناه البيع و لا ابيع ، ثم انه هل يكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد ما اذا اشترط فى ضمن البيع أن يكون المبيع بلا ثمن أو ليس من ذلك ، و قد توهم كونه مخالفا لمقتضى العقد اذ البيع بلا ثمن ، لا يعقل ، فمرجع هذا الاشتراط الى عدم البيع و هذا لا يلائم البيع

و لكنه واضح الدفع فان هذا الاشتراط قرينة على عدم ارادة البيع من ذلك، بل أريد منه الهبة ·

نعم، لو أريد من هذه الجملة معناها اعنى البيع حقيقة كان الشرط مخالفا لمقتضى العقد ،و لكن ليس الأمر كذلك، نعم هذا الشرط مناف لمقتضى لفظ البيع و هذا لا محذور فيه مع القرينة ، فان المجازات كلها كذلك، اذ القرينة فيها منافية لمقتضى اللفظ، كما هو واضح ·

و بالجملة هذا المثال خارج عن كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد ، بل القرينة دلت (و هو الاشتراط) على أن المراد من البيع ليس معناه الحقيقى و انما المراد منه الهبة ، نعم يتوقف صحة ذلك على ما تقدم فى الفاظ العقود من أن اللفظ المجاز هل يجوز أن يقع به الانشاء أم لا، فان قلنا بالصحة كما ذهب اليه بعضهم ، بل ذهبوا الى صحته بالغلط أيضا كان انشاء الهبة بلفظ البيع مع القرينة المذكورة صحيحا و الا فلا ·

و قد يكون الشرط المذكور مخالفا للكتاب و السنة و المراد من ذلك أن يكون هنا حكم شرعى قد جعله الشارع فيكون الاشتراط مخالفا له بحيث لو لم يكن هنا ذلك الحكم لا يكون الشرط مخالفا لشىء أصلا ، بل كان واجب الوفاء و ذلك كبيع شىء و اشتراط أن لا يبيعه من شخص فان هذا مع قطع النظر عن حكم الشارع بجواز بيعه لغيره لا ينافى شىء أصلا ،و انما التنافى من جهة جعل الشارع ذلك الحكم على خلاف الشرط افرض أنه لو كان هنا حكم وجوب يتعلق ببيع ما يشتريه المشترى من غيره و مع ذلك يشترط البايع على المشترى أن لا يبيعه من غيره كان هذا الشرط منافيا لحكم الشارع و هكذا فى جميع موارد مخالفة الشرط للكتاب، فالميزان فيه أن الشرط مع قطع النظر عن حكم الشارع لا ينافى بشىء ،و انما يطرء على العقد عنوان التنافى اذا جعل الشارع هنا حكما و يكون الشرط على خلافه من دون أن

یکون منافیا لمقتضى العقد أصلا فالشرط المنافی لمقتضى العقد منافیة و ناقضة دائما سواء كان هنا حكم شرعی أم لم یكن بخلاف الشرط المخالف للكتاب فتحصل أن الشرط المخالف لمقتضى العقد لا یجتمع مع ما یكون مخالفا لمقتضى الكتاب أصلا ، فالاشتباه من جهة عدم التنقیح كما هو واضح.

و ملخص الكلام فی المقام أنه ذكروا من جملة الشروط لصحة الشرط أن لا یكون مخالفا للكتاب و من جملتها أن لا یكون مخالفا لمقتضى العقد و مثلوا لكل منهما أمثلة و لم یمیّز ما بینهما ، بل ربما ذكروا فرعا واحدا مثالا للشرط الأول و أیضا ذكروا مثالا للشرط الأخر أیضا، حتى أن المحقق الثانی مع مهارته فی الفقه (بحیث ذكر المصنف فی حقه تارة و بمثل هذا سمّی محققا ثانیا و أخرى ذكر أنه بهذا قد ثنی المحقق) تكلم فی الشرطین و لم یأتی بشیء ثم ذكر أنه لابدّ من الرجوع فی ذلك الى الفقیه و أنه یتبع رأیه فی ذلك مع أنه لا شأن لرأی الفقیه فی كون شرط مخالفا للكتاب أو لمقتضى العقد ،و أن أی من الشروط مخالف للكتاب أو أی منهما یخالف مقتضى العقد و انما یرجع الى الفقیه فی ما یرجع الى الاحكام من حیث الاستفادة من الادلة.

و الذی یقتضیه التحقیق فی تمییز كل من الشرطین عن الآخر ما اشرنا الیه انفا و حاصله أن ما یقتضیه العقد سواء كان الاقتضاء بلا واسطة أو مع الواسطة ، الأول أن یقتضیه بلا واسطة شیء فی البین أصلا كأقتضاء البیع ملكیة العین و اقتضاء الاجارة ملكیة المنفعة و اقتضاء النكاح الزوجیة وهكذا فالعقد بما هو عقد یقتضی الامور المذكورة من غیر أن یحتاج ذلك الى امضاء الشرع و اعتباره أو امضاء العقلاء و اعتبارهم.

و بعبارة أخرى أن لكل عقد له مقتضى فی نفسه مع قطع النظر عن امضاء الشارع و العقلاء و اعتبارهم حتى لو فرضنا لم یكن فی العالم شرع و شریعة

و لا العقلاء ،و تحقق عقد بين شخصين كان لهما مقتضى (بالفتح) ٠

الامر الثانى : أن العقد لا يكون مقتضيا لشئ ولكن يكون موضوعا لحكم من الاحكام الشرعية كجواز النظر الى المرأة و جواز بيع المبيع بعد شرائه و جواز التصرف فى العين المستأجرة و هكذا فان الامور المذكورة ليست من مقتضيات العقد ابتداء و لكن من مقتضياته ثانيا ، أى هو موضوع لها فى نظر الشارع وكل شئ يترتب على العقد أولا و بالذات ثانيا ، و بالعرض لا يخلوا عن هذين الامرين ٠

و أما الافعال الخارجية فهى باجمعها خارجة عن مقتضى العقد لا بالمعنى الأول و لا بالمعنى الثانى ، فان وقوع شئ فى الخارج وعدم وقوعه فيه مسبب عن سبب تكوينى غير مربوط بالعقد فلا يكون العقد مقتضيا له لا ابتداء و لا بالواسطة ، نعم يكون الفعل الخارجى موضوعا لحكم شرعى يكون ذلك الحكم الشرعى من مقتضيات العقد بالمعنى الثانى ، كأكل مبيع وشربه و نحو ذلك فان أمثال هذه الافعال ليست من مقتضيات العقد بكلا المعنيين ،و لكن موضوعة لحكم الشارع و هو جواز الاكل مثلا و ذلك الحكم من مقتضيات العقد بالمعنى الثانى فان جواز الأكل مترتب على شراء ما يؤكل و الا كان حرام الاكل لكونه مال الغير هذا كله ، ما يرجع الى مقتضى العقد٠

و أما الشرط فقد يطلق على الشروط الضمنية ، فالشرط الضمنى يرجع غالبا اما الى تضييق المنشأ كالملكية و نحوها على اختلاف المنشاءات فى العقود وذلك كخيار الغبن ونحوه ممّا ثبت بالشرط الضمنى لأنا قد ذكرنا فى السابق أن مرجع جعل الخيار هنا الى تضييق دائرة المنشأ وهو الملكية و قد يرجع الى تضييق دائرة الثمن كأنصرافه الى نقد البلد و المصداق الاوضح لذلك ما وقع البيع على شئ بخمسة دنانير ، فانه يحمل فى العراق على الدينار العراقية و ليس للمشترى أن يدعى بعد المعاملة أن المراد

من الدنانير هو الدينار الايرانى فيكون خمس الف دينارا منطبقا على تومان واحد ،و هكذا يحمل الثمن على ثمن البلد ، فلابدّ من اعطائه فى بلد المعاملة و ليس للمشترى أن يدعى اعطائه فى بلد آخر، ففى الحقيقة أن هذا الشرط الضمنى يضيق دائرة الثمن بحيث لا يكون الثمن غيره حتى لو أعطى المشترى الثمن فى غير هذا البلد و رضى به البايع لا يكون هذا هو الثمن الذى وقع عليه العقد ، بل يكون بدلا منه و يصير معاملة أخرى بين الثمن و بين نقد آخر، و هكذا الحال فى المثمن فاذا باع حنطة فى بلد فالشرط الضمنى يوجب حمله على حنطة هذا البلد أو اشترى حنطة من شخص فى مزرعته فمقتضى الشرط الضمنى تحمل على حنطة تلك المزرعة و يكون المبيع مقيدا بذلك و مضيقا به بمعنى أن المبيع يكون هو الحصة الخاصة دون غيرها و لو اعطى البايع من غير ذلك لا يكون ذلك المبيع الذى وقع عليه العقد اذا رضا المشترى به٠

نعم ، يكون معاملة أخرى بين المثمن و بين حنطة أخرى كما هو واضح و ليس لأحد أن يقول أن المبيع أو الثمن هنا الكلى فلا يكون المعطى من غير نقد البلد أو حنطة البلد اعطاء من غير الثمن و محتاجا الى مراضاة جديدة لما عرفت من تضييق دائرتهما بالشرط الضمنى و انما قلنا ان الشرط الضمنى يرجع غالبا الى تضيق دائرة أحد الامور الثلاثة من جهة أنه قد لا يكون الشرط الضمنى موجبا لتضييق دائرة شيء من تلك الامور ابتداء كأصل تسليم الثمن أو المثمن فان الشرط الضمنى بالنسبة الى تسليم الثمن أو المثمن موجود و لكن لا يكون موجبا لتضييق دائرة المنشأ أو الثمن أو المثمن ابتداء ، بل يوجب الخيار مع التخلف٠

ثم ان الشرط الضمنى و ان كان يوجب تضييق دائرة بالنسبة الى الجهات المذكورة و لكن مع التخلف يثبت الخيار فلا يبطل البيع لانه وقع

على الكلي و ان كان كليا مضيقا و لم يقع على الشخص الخاص و مما ذكرناه ظهر ان الشرط الضمني لا يوجب الاّ تضييق الدائرة و جعل المنشأ أو الثمن أو المبيع حصة خاصة و هو في الحقيقة ليس بشرط فكأن البايع من الاول باع حنطة مزرعة خاصة و وقع البيع على نقد هذا البلد بالصراحة ٠

فهل يتوهم أحد أن الثمن أو المبيع مطلق و غير مضيق و على هذا فلا يحتاج اعتبار هذا القسم من الشرط الى شمول دليل وجوب الوفاء بالشرط عليه، بل يكفي في مشروعية نفس الأدلة الداله على صحة العقد ، فان العقد قد وقع على شيء خاص و المنشأ انما هو شيء خاص ٠

فهل يتوهم أحد أنه اذا وقع العقد على مبيع خاص يحتاج كونه خاصا الى دليل الشرط، بل المعاملة الواقعة في الخارج معاملة خاصة فتكون بخصوصيتها مشمولة لعموم ما دل على صحة العقد كما هو واضح ٠

ثم انا و ان ذكرنا أن معنى جعل الخيار يرجع الى تحديد المنشأ حتى الخيارات المجعولة الاّ أنه لا ينافي بما ذكرناه هنا من كون الشروط الضمنية راجعة الى تضييق الدائرة و أنها ليست بشروط في الحقيقة و لا يحتاج اعتبارها الى ادلة الوفاء بالشرط و الوجه في عدم التنافي هو ما اشرنا اليه قبيل هذا من أن الشروط المجعولة بحسب جعل المتعاقدين انما هو يوجب الزام المشروط عليه على الفعل المشروط و في هذه المرتبة يحتاج اثبات مشروعية هذا الالزام الى شمول أدلة وجوب الوفاء بالشرط عليه، ثم مع تخلف المشروط عليه على شرطه يثبت للشارط خيار التخلف شرط و هذا الخيار الثابت بالتخلف وانما يوجب هذا الشرط تضييق دائرة المنشأ في مرحلة تخلف الشرط لا ابتداء ،و الاّ فما هو ثابت ابتداء اعني الزام المشروط عليه يحتاج الى دليل الشرط فالشروط الضمنية ابتداء يوجب تضييق الدائرة بلا احتياج الى دليل الشرط و الخيارات المجعولة توجب تضييق دائرة

المنشأ بعد تخلّف الشرط بلا احتیاج الی دلیل الشرط فان الاحتیاج الیه فی منشأ الخیار و هو الالزام و أما ثبوت الخیار مع التخلف لا یحتاج الی دلیل أصلا ، فافهم.

القسم الثانی من الشروط أن یکون شرط فعل بأن یشترط أحد المتبایعین علی الآخر أن یبیعه من زید أو یشترط ترک فعل بأن لا یبیعه من شخص و من قبیل شرط الفعل أیضا اذا اشترط اعتبار ملکیة مال مخصوص للبایع و قد تقدم هذا فی اشتراط الاعتبار.

و قد ذکر العلامة أنه لو باع العبد و اشترط علی المشتری عتقه صح ذلک لبناء العتق علی التغلیب فکأنه لم یجوّز هذا الشرط أی شرط الفعل و بنی فی عتقه علی الغلبة مع أن کون بناء العتق علی الغلبة لا یجوز غیر المشروع ، فهل یتوهم أحد صحة عتق عبد الغیر لبناء الشارع علی الحریة الی غیر ذلک من الأمثلة ففی هنا لا یکون هذا الشرط بنفسه مخالفا لمقتضی العقد و لا الکتاب و السنة من حیث نفسه لما عرفت سابقا أن الفعل الخارجی من حیث الوقوع و عدمه غریب من مقتضی العقد بالکلیة فلا یقتضی العقد وقوع فعل فی الخارج و لا عدمه و کذلک لا یکون مخالفا للکتاب و السنة لعدم کون الفعل الخارجی من حیث نفسه حکما شرعیا لا وجودا و لا عدما ، نعم هو موضوع للحکم الشرعی فلابدّ من ملاحظة الشرط بالنسبة الی هذا الحکم المترتب علی الفعل فان کان مخالفا له کان باطلا و الاّ صح ، کما اذا باع حنطة و اشترط علی المشتری شرب الخمر أو فعل حرام آخر أو اشترط علیه ترک واجب من الواجبات و أما اذا کان الشرط امرا اعتباریا فقد تقدم الکلام فیه من أنه ان اختیار سببه بید المتعاقدین کالملکیة فی البیع و نحوه یصح و الاّ کان أمرا غیر اختیاری بان یکون فعلا للاجنبی أو کان سببه سببا خاصا فلا یکون ذلک الشرط و علیه فان کان البیع معلقا علی الالتزام به بطل لعدم امکان الالتزام

لغير المقدور و للتعليق و ان كان اللزوم معلقا عليه ثبت للشارط الخيار ، أى خيار التخلف الشرط٠

و اذا لم يكن شرط الفعل مخالفا للكتاب و السنة بالمعنى المذكور ، صح من هذه الجهة و من جهة عدم مخالفته لمقتضى العقد و ان كان له مانع آخر كما اذا باع شيئا بشرط أن لا يبيعه الا اياه فذكر العلامة في التذكرة أنه مستلزم للدور سيأتى الكلام فيه ٠

و من قبيل شرط الفعل أيضا ما اذا باع شيئا و اشترط أن يبيعه من شخص خاص أو شرط عدمه كأن لا يبيع من أحد فانه ليس مخالفا لمقتضى العقد و لا أنه مخالف للكتاب و السنة ، بل هو شرط سائغ فاذا تعلق به غرض الشارط فلا بأس به و قد ورد فى بعض روايات بيع العبد انه لو باع و اشترط عدم البيع من أحد أو عدم الهبة صح و ان اشترط الارث فلا يصح فمع قطع النظر عن القاعدة فالرواية أيضا يقتضى صحة الشرط و العجب أنهم ذكروا ان اشتراط عدم بيعه من زيد صح و اذا اشترط عدم بيعه من أحد فلا يصح و لا ندرى أنه أى فرق بين الشرطين ٠

و العجب من العلامة فانه (ره) ذكر أن اشتراط عدم البيع منافى لمقتضى ملكية فيخالف قوله (ص) الناس مسلطون على أموالهم ٠

و وجه العجب أن دليل السلطنة لم يثبت حكما الزاميا من الوجوب أو الترك حتى يلزم من الاشتراط ترك الواجب أو فعل الحرام فيكون مخالفا للكتاب و السنة ، بل هو يثبت أمرا مباح و هو كون الانسان مرخصا فى بيع ماله و تركه و له الاختيار فى ذلك و قد تقدم أن الشرط فى مورد الامر المباح بالمعنى الشامل للمكروه و المستحب أيضا لا ينافى الكتاب و السنة بوجه و من هذا القبيل أن يبيع دارا مثلا و يشترط على المشترى أن يجعلها وقفا فانه لا ينافى بالكتاب بوجه فانه فعل مباح سائغ كما هو واضح ٠

القسم الثالث من الشرط أن يشترط أحد هما على الاخر أمرا وضعيا كما اذا باع متاعه من زيد و الشرط عليه أن يكون زوجته مطلقة أو يكون بنته زوجة له و هكذا فان كان ذلك الشرط أمرا منافيا و مناقضا لمقتضى الشرط، فلا يجوز لكونه مناقضة كما اذا باع داره من عمرو واشترط عليه أن لا تكون الدار ملكا له أو آجر دابته منه واشترط أن تكون المنفعة مملوكة له أو عقد عقد نكاح واشترط فى ضمن العقد أن لا تكون زوجة له وهكذا فان ذلك كله مناقضة لمقتضى العقد فلا ينفذ و ان لم يكن الوضع المذكور مناقضا لمقتضى العقد و لكن ذلك مخالف لحكم الشارع لأنه اعتبر فى حصوله سببا خاصا فلا يكون الاشتراط من جهة اسبابه و قد عرفت ذلك سابقا و ذلك كأشتراط زوجية أمرأة فى عقد البيع مثلا أو طلاقها فيه ،و هكذا لو اشترط أمرا وضعيا يكون نفس ذلك الامر الوضعى مخالفا لحكم الشارع كأشتراط أن يكون خمر المشترى ملكا للبايع و هذا ايضا مخالف لحكم الشارع فلا يكون نافذ .

ثم انه من قبيل الشرط المخالف للكتاب أن يشترط أحد الشريكين على الاخر من المبيع الذى يشتريان مشاعا أن يكون النفع له والخسران على الآخر و هذا ايضا مخالف للكتاب فان مقتضى الحكم الشرعى أن ضرر كل مال على مالكه و لم يثبت فيه جواز ان يلتزم احدهما على الآخر ضمانه كما تقدم نظيره فى تعهد ضمان تلف مال شخص آخر فانه لم يثبت هذا النحو من الضمان فى الشريعة الاّ أن يشترط على الاخر لزوم اعطاء قيمته من ماله فهو شرط الفعل فلا بأس به ،و أما الرواية الدالة على جواز شراء الجارية و اشتراط هذا الشرط فى ذلك، فان أمكن حملها على شرط اعطاء قيمتها مع الخسران فهو ،و الاّ فلابدّ من الاقتصار بها فى موردها فلا يمكن التعدى عنها الى غيرها لكونها مخالفة للقاعدة كما لا يخفى .

و قد ظهر مما ذكرناه من معنى المقتضى للعقد و من معنى الشرط أنه

لا يبقى مورد للشك حتى يحتاج الى التمسك بالاصول ، بل قد اتضح أنه كلما يكون شرطا فحكمه معلوم اما بالامارة أو بالاصول ، و لكن العجب من هؤلاء المحققين لم يأتوا شيئا يكون ميزا بين كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد أو للكتاب حتى المحقق الثاني مع مهارته في الفقه ٠

قوله السادس : أن لا يكون الشرط مجهولا ٠

أقول: ذكر الفقهاء أن من جملة شروط صحة الشرط فى ضمن العقد أن لا يكون الشرط مجهولا فلو اشترط أحد المتبايعين على الآخر شرطا مجهولا بطل العقد للغرر ٠

أقول : توضيح الكلام فى المقام أن الشرط المأخوذ فى العقد قد يكون شرطا ضمنيا و معتبرا بحسب الارتكاز العقلائى الذى مرجعه الى كون المنشأ أو الثمن أو المثمن مقيدا و حصة خاصة على ما تقدم فانه حينئذ لا تكون الجهالة فى الشرط الا جهالة فى البيع فيكون فى الحقيقة الثمن مجهولا أو المثمن كك فيرجع هذا الى جهالة العوضين ، و قد اعتبرنا عدمها فى شرائط العوضين ، فلا يحتاج اعتبارها فى المقام أيضا ، اذ قد تقدم أنه ليس فى أمثال المقام اشتراط غالبا ، بل الثمن أو المثمن مقيد و مضيق بالحصة الخاصة كما اذا قيّد البايع أو المشترى العوضين من الأول بحصة خاصة ككون المبيع عبدا كاتبا أو كون الحنطة من مزرعة فلانية فهل يتوهم أن هذا القيد اعتبر فى المبيع بعنوان الاشتراط بحيث يحتاج نفوذه الى دليل الوجوب الوفاء بالشرط و ليس كك ، بل انما وقع البيع على شيء خاص وعلى كل مقيد على حصّة مخصوصة كما هو واضح ٠

و على الجملة جهالة مثل هذه الشروط عين جهالة العوضين كما اذا باع منا من حنطة مزرعة مجهولة أو على ثمن مجهول فلا شبهة فى خروج هذا القسم عن محط الكلام ، و الظاهر أنه لا يتوهّم أحد كونه داخلا فى المقام و

انما نذكره توضية للاقسام ،فافهم ٠

الثانى : أن يكون الخيار المعتبر فى العقد بحسب اشتراط المتعاقدين مجهولا كأن يبيع أحمد عبدا معلوما من زيد و اشترط زيد على أحمد أن يكون العبد كاتبا مع أنه لا يعلم كونه كاتبا أوغير كاتب . ففى هذه الصورة و ان كان الخيار مجهولا و لكن هذه الجهالة فى الخيار لا يوجب غررية العقد ، لكى يحكم ببطلانه فان الغرر على ما تقدم فى محله هو الخطر ،و من الواضح أنه أى خطر يتوجه على المشترى من تلك الجهالة اذ لو كان العبد كاتبا فى الواقع وتسلمه على هذا الشرط يحكم بلزوم البيع و الاّ يكون له الخيار له أن يفسخ العقد و له أن يبقيه على حاله ويرضى بالعبد غير الكاتب، نعم لو الزم على قبول العبد بدون الكتابة و لم يكن له الخيار فى ذلك كان له ضرر مالى و يكون البيع غرريا و خطريا و قد عرفت أن الامر ليس كك ٠

الثالث: أن يشترط أحدهما على الآخر شرطا فى العقد و يكون ذلك الشرط مجهولا كما اذا باع حنطة من شخص و اشترط على المشترى كونها من مزرعة يعلمها البايع مثلا فهذه الجهالة تسرى الى الجهالة فى نفس المبيع فيكون مجهولا فى نفسه فيكون البيع باطلا من جهة جهالة نفس المبيع لا من جهة جهالة الشرط٠

الرابع:أن يشترطا فى ضمن العقد الفعل بان يشترط البايع على المشترى، أو العكس، أن يخيط له ثوبا و لم يذكر أن الثوب أى شيء ، فانه لا شبهة فى كون البيع غرريا ح لأنه قد يكون ما قصده الشارط قميصا فتكون أجرته خمسين فلسا و قد يكون جبة فتكون أجرته دينارا فح يكون البيع غرريا لأنه لا يعلم المشروط عليه أن المال الذى وصل اليه فى مقابل المبيع أو العوض يساوى بما اعطاء من بدله مع وجود هذا الشرط أولا فان الشرط و

ان لم يكن فی مقابله شیء و لكن لا شبهة فی كونه دخيلا فی زيادة الثمن أو المثمن فان ما يعطی من الثمن بدون الشرط لا يعطی معه فتكون هذه المعاملة خطرية و غررية ٠

الخامس : أن يشترطا شرط النتيجة بأن يشترط أحدهما على الاخر فی البيع كون ما بيده من الاموال له و لم يعلم أنها أی مقدار ، فانها أيضا يوجب غررية المعاملة فتبطل لذلك و كيف مع السير و التقسيم لا نجد موردا باطلا لوجود الغرر فی نفس البيع و لا يفرق فی ذلك بين أن يكون الدليل على بطلان البيع هو النهی عن بيع الغرری و بين أن يكون النهی عن مطلق الغرر ، كما هو واضح ٠

قوله : الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال ٠

أقول : ذكر العلامة رحمه الله أنه لو شرط فی البيع أن يبيعه من البايع لزم الدور و أما لو شرط على أن يبيعه من غيره فلا يلزم الدور لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولی بخلاف ما لو شرط البيع على البايع ٠

أقول : الذی ذكره العلامة لا بأس به من حيث الكبری و لكن لم نجد له صغری فی المقام و بيان ذلك أنه ان اراد من كلامه هذا الشرط الفلسفی ، فهو صحيح من حيث الكبری ، حيث انه لو كان ما هو من قيود المعلول و شروطه شرطا للعلة و نفس المعلول شرطا فيها لزم الدور لتوقف المعلول على علته و توقف العلة على المعلول باعتبار الشروط المعتبرة فيه ، و لكن الامر ليس كك هنا فان الشرط ليس من قيود علة الملكية و سببه ، بل سبب الملكية فی البيع مثلا هو العقد و الشرط ، انما هو شرط اللزوم كما هو واضح و ان كان مراد العلامة هذا المعنی فهو لا يرتبط بالمقام و ان كان شيئا آخر فلا ندری ما اراد على أنه أی فرق بين اشتراط بيعه من البايع و من غيره فان الاشتراط لو كان موجبا للدور يوجب فی كلا الموردين ، و الّا فلا و

و ما ذكره من الفارق غير تام ·

نعم ، ذكر صاحب الحدائق هذا الشرط و استدل عليه بروايتين فسيأتى الكلام فى ذلك فى النقد و النسية ، بل صرح فى التذكرة بجواز اشتراط أن يقف المشترى المتاع على البايع و على عقبه فاى فرق بين هذا و سابقه أى اشتراط بيعه على البايع بل هذا مثل النذر و العهد كقولك للّه علىّ كذا ، ان كان كذا ، والانصاف أن هذا الاشتراط لا بأس به فلا يكون موجبا للمحال فتحصل أنه لم نجد صغرى لما ذكره العلامة وان كانت الكبرى صحيحة كما هو واضح ، نعم ، لو كان الشرط راجعا الى كون المبيع للبايع بهذا البيع بحيث يكون الايجاب قبولا لبيع المشترى المبيع المأخوذ من البايع له و يكون قبول المشترى بيع البايع ايجابا للبيع الثانى لزم ماذكر و مع شرط النتيجة ان كان قصدهما كون المبيع له فعلا يكون بيع ماليس عنده و ان كان المراد كون المبيع له بعدا لزم التعليق فهو باطل بالاجماع ، و لكنه أجنبى عن صورة الاشتراط المذكور كما عرفت فان الشرط المذكور لا بأس به أصلا · و دعوى الاجماع على هذا الاشتراط باطل جدا فان هذا من العلامة و من بعده فكيف يمكن دعوى الاجماع فيه ·

قوله : الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد·

أقول : ذكر الفقهاء رضوان اللّه عليهم أن من جملة الشروط لصحة الشرط فى ضمن العقد أن يكون الشرط مذكورا فى ضمن العقد و الاّ فلا يكون واجب الوفاء ·

و تحقيق ذلك أن الشروط التى لا يذكر فى العقد قد تكون من الشروط الضمنية كانصراف العقد الى كون النقد بلديّا و كون التسليم فى بلد البيع و هكذا و قد تقدم الكلام فيها و قلنا أن معنى الشرط الضمنى هو أن لا يكون اعتباره محتاجا الى الذكر ، بل يكون معتبرا فى العقد سواء ذكر أم

لم يذكر كما هو واضح ، و هذا القسم من الشروط خارج عن محلّ الكلام جزما فانها و ان لم تذكر فى ضمن العقد و لكنها معتبرة فيها ببناء العقلاء عليها ،و يجب الوفاء بها بنفس الادلة الدالة على وجوب الوفاء بالعقد كما تقدم فى الشرط المخالف لمقتضى العقد بلا احتياج الى أدلة وجوب الوفاء بالشرط كما هو واضح .

و قد يكون الشرط مذكورا قبل العقد تصريحا و تفصيلا ،و لكن لا يذكر فى العقد الاّ بنحو الاشارة كقول البايع بعتك المتاع الفلانى بدينار على ما علم فيقول المشترى قبلت هكذا فانه لا شبهة فى ارتباط العقد بالمشروط الذى شرطوه قبل العقد كما هو واضح .

و قد يكون الشرط مذكورا قبل العقد ،و لكن يكون مغفولا عنه عند العقد فلا يذكر فى ضمنه نسيانا و غفلة و هذا أيضا خارج عن محل الكلام جزما لكونه غير مربوطا بالعقد .

و قد يذكر الشرط قبل العقد و لم يذكر فى ضمنه و لكن يقع العقد بانيا عليه بحيث يقصد المتبايعان كون العقد مقيدا بذلك الشرط، فهل يجب الوفاء بهذا الشرط أو لا فهذا هو محل الكلام فى المقام و هل هذا الشرط صحيح أو فاسد ؟ و على تقدير فساده هل هو مفسد للعقد أو لا ؟ أما الكلام فى الجهة الثانية فسيأتى انشاء اللّه .

و انما الكلام فعلا فى الجهة الاولى فذكر المصنف أن العقد اذا وقع تواطئهما على الشرط كان قيدا معنويا له ، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون الاّ مع العمل بذلك الشرط و يكون العقد بدونه تجارة لا عن تراض ، اذ التراضى وقع مقيدا بالشرط فانهم قد صرحوا بان الشرط كالجزء من أحد العوضين ، فلا فرق بين أن يقول بعتك العبد بعشرة و شرطت لك ماله و بين التواطهما على هذا الشرط مع ذكره قبل العقد .

أقول : يرد عليه أولا أنه لا يصح ما ذكره المصنف فى المقيس حيث انا ذكرنا مرارا أن الشرط لا يقابل بالمال و الاّ لكان اللازم وجوب رد جزء من الثمن أو المثمن مع مخالفة الشرط، بل مرجع الشرط فى العقد ليس الاّ تعليق نفس العقد عليه ، مع حصول المعلق عليه ، و يترتب على عدم العمل بمقتضى الالتزام الخيار أو تعليق نفس الالتزام على الشرط، فيترتب على مخالفته الخيار ،و أما كون الشرط مقابلا بجزء من الثمن أو المثمن فلا ،وعلى تقدير كون الشرط كالجزء من مقابله بجزء من الثمن و لكن لا نسلم بطلان ذلك فى المقيس عليه ، بل نقول بكفاية البناء و القصد يكون الجزء الخاص داخلا فى المبيع و لا يلزم التصريح به كما هو واضح ، فانه يكفى ايقاع العقد بانيا على الثمن و المثمن الذين سبق ذكرهما و لا يحتاج اعتبارها فى البيع الى الابراز أيضا ، كما يحتاج اصل البيع الى الابراز ، فافهم هذا ما يرجع الى ما ذكره المصنف الراجع الى صحة الشرط الذى وقع العقد مبنيا عليه .

ثم انه ذكر للقول بالبطلان وجهان : الاول : الاجماع على بطلانه لكونه بمنزلة الشرط الابتدائى و فيه أنا لا نسلّم تحقق الاجماع التعبدى على ذلك الاّ من جهة أن الشرط كنفس العقد يحتاج الى الابراز و عليه فيرجع هذا الوجه الى ما ذكره شيخنا الاستاذ من الوجه الثانى الاتى .

الوجه الثانى : ما ذكره شيخنا الاستاذ من أن الشرط كسائر اركان البيع من الثمن و المثمن محتاج الى الابراز والاظهار فكما أن ايقاع البيع مبنيّا على كون الشيء الفلانى ثمنا أو مثمنا لا يكفى فى صحة العقد وكذلك ايقاعه مبنيا على الشرط الذى سبق ذكره أيضا ، لا يكفى ، بل يحتاج صحة ذلك الشرط، و كونه لازم الوفاء الى ذكره فى متن العقد و بدونه لا يجب الوفاء به أصلا ، و لا يقاس ذلك بالشروط الضمنية حيث ان الشروط الضمنية بسبب تعهدها عند العرف يصير من المدلولات العرفية للفظ قصدها

المتعاقدان أو لم يقصدا و هذا بخلاف ما تباينا عليه فانه لا يكاد يصير مدلولا للفظ ابدا بداهة أن تباني المتكلم و المخاطب على معنى لا يكاد يوجب الدلالة وصيرورة اللفظ دالا عليه بنحو من الدلالة كما هو واضح ٠

وعلى الجملة البناء على الشرط في انشاء العقد لا يكفي في انشائه ، بل لابدّ من تعليق الانشاء بنفس الشرط، بحيث ينشأ الشرط مستقلا كما ينشأ العقد كما هو واضح ٠

أقول : قد تقدم أن الشرط في العقود بمعنى الربط و الاناطة ، فهو يرجع الى أمرين : أحدهما : تعليق نفس العقد به و هذا فيما اذا كان الشرط هو التزام المشروط عليه فانه يرتبط العقد به ولا يضر التعليق هنا لحصول المعلق عليه و هو الالتزام ،و ح اذا لم يعمل المشروط عليه بشرطه يكون للشارط الخيار ، و لا شبهة أن أشتراط أن يكون هذا النحو من الاناطة محتاجا الى الابراز فاسد ،و لا دليل عليه و لا وجه لقياسه بنفس العقد ، من جهة انه محتاج الى الاظهار و الابراز فبدونه لا يحصل العقد في الخارج كما لا يحصل بالقصد السابق ، فانه ليس اسما للاعتبار المحض بل للاعتبار المبرز كما تقدم مرارا و حققناه في علم الاصول ،و هذا بخلاف الشرط، فانه اسم للانطاة كما عرفت،و هو يتحقق و ان لم يبرز في الخارج بل يكفي فيه العلم بتحققه كما في صورة ايقاع العقد بانيا عليه ،كما ان الامر كك في نفس الثمن والمثمن أيضا فانه لا يحتاج اعتباره في البيع الى ابراز أصلا ،و ان كان البيع عبارة عن مبادلة مال بمال ، فانه يكفي في اعتبار ذلك مجرّد علم المتبايعين بالثمن و المثمن مع انشاء أصل البيع بمثل بعت ونحوه فقط خاليا عن ذكر الثمن والمثمن لعدم الدليل على اعتبار الابراز فيهما أيضا ٠

الثاني : من معنى الشرط في العقود أن يكون الالتزام معلقا عليه

بحيث ان العقد انما وقع مطلقا و لكن كونه لازما مشروط بشرط فبدونه يثبت الخيار للمشروط له و هذا كما فى اشتراط الاوصاف الخارجية و نحوها و قد ذكرنا فى محله سابقا أنه لا معنى للالتزام بالاوصاف الا تعليق البيع بها أى يبيع على تقدير وجود الصفة الخاصة للمبيع و لا شبهة فى بطلانه فيكون خارجا عن صورة الاشتراط لكون المتفاهم من الاشتراط هو القسم الصحيح أويكون المراد منه جعل الخيار على تقدير التخلف، وهذا لا شبهة فى صحته، فيكون المراد من الاشتراط هو هذه الصورة و لا ريب أن هذه الصورة أيضا لا يحتاج الى الذكر، فان الاناطة التى هى معنى الشرط تحصل بغير الذكر من القصد و البناء و ايقاع العقد على هذا البناء كما لا يخفى.

و اذا فلا محذور فى التمسك لاثبات صحة البيع الذى وقع بانيا على القصد السابق باحل الله البيع و نحوه و مشروعية الشرط و صحته بعموم المؤمنون عند شروطهم، كما لا يخفى، فافهم.

نعم بناء على مسلم شيخنا الاستاذ فى الشرط من أنه التزام آخر فى ضمن التزام يحتاج الى انشاء آخر، أى كما يحتاج العقد الى انشاء وكذلك الشرط فيحتاج الى انشاء آخر.

و أما بناء على ما ذكرناه من كون الشرط عبارة عن الربط فقط فيكفى فى ربط العقد به، ح بناء العقد عليه مع العلم المتبايعين على بناء العقد على هذا القصد و البناء، لا نقول بان الشرط يحتاج الى الابراز و العلم به، بل يكفى فيه مجرّد الذكر السابق، بل نقول أنه يكفى فى ابراز الشرط وجود القرينة على اناطة العقد المنشأ به و ان لم يبرز بمبرز، و هذا بخلاف العقد فانه ما لم يبرز لا يصدق عليه البيع مثلا كما أن الابراز المجرّد عن القصد لا يصدق عليه البيع اصلا و قد تقدم ذلك فى أول البيع.

نعم اذا ذكر الشرط سابقا و لكن نسيا ذلك عند العقد و لم يقصدوا وقوع العقد على الشرط المذكور سابقا لا يكون العقد مربوطا به كما هو واضح، و لكن الامر ليس كك فى ايقاع العقد بانيا على الشرط السابق الذكر كما هو واضح .

قوله : و قد يتوهّم هنا شرط تاسع .

أقول : ذكر بعضهم الظاهر هو المحقق الثانى قدس سرّه أن من جملة الشروط لصحة الشروط المعتبرة فى العقد هو تنجيز الشرط و ذكروا فى سنده أمران :

الاول : أن التعليق فى الشرط يسرى الى تعليق العقد فان مرجع قولنا بعتك بشرط أن تخيط ثوبى ، ان جاء زيد الى أن البيع انما هو على تقدير مجيء زيد و على تقدير عدمه لا يبيعه و من الواضح أن التعليق فى العقد موجب للبطلان لتسالم الفقهاء عليه الاّ فى موارد خاصة .

الوجه الثانى : أن الشرط لو لم يكن مطلقا و منجزا لزم أن يكون البيع واقعا على ثمنين على تقديرين ، فان بيع الدار بدينار بشرط خياطة ثوب البايع على تقدير مجيء زيد ، انما يقع بالدينار المجرّد على تقدير عدم مجيء زيد و عليه و على خياطة الثوب على تقدير مجيء زيد ، فيلزم أن يكون المبيع الواحد له ثمنين على تقديرين .

و الذى ينبغى أن يقال أن التعليق الذى يوجب بطلان العقد على قسمين :

الاول : أن يكون العقد معلقا على أمر متأخر كما اذا كان الانشاء حاليا و المنشأ أمرا استقباليا بان يحصل فى الاستقبال ،و قد وقع نظيره فى باب الوصية و التدبير ، بل نظائره كثيرة فى العرف ،و قد تسالم الفقهاء رضوان الله عليهم بكونه مبطلا للعقد ، الاّ فى موردين : أحدهما الوصية

والثانى :التدبر، وان لم يكن فى الالتزام به محذورا عقلى وقد تقدم تفصيل ذلك فى باب التعليق فى العقود·

القسم الثانى : ان يكون التعليق على أمر حالى ،ولكن لا يعلم بكونه حاصلا أوغير حاصل، كأن يقول بعتك المتاع الفلانى ان جاء زيد والفرض أنه جاء ولكن لا يدرى المتعاملان بمجيئه وهذا أيضا مبطل للعقد ، فالتعليق الذى يوجب البطلان انما هو هذين القسمين·

وأما التعليق فى الشرط فهل يكون من قبيل هذا القسمين المذكورين ليوجب بطلان العقد أو لا يكون كك، لكى لا يكون موجبا لبطلانه ؟ فنقول : قد عرفت فيما سبق أن للشرط فى العقد معنيان :ـ

الاول : أن يكون العقد معلقا على التزام المشروط عليه بأن يبيع متاعه من زيد على تقدير التزامه بفعل اختيارى له،والاّ فلا يبيع،وقد عرفت أنه لا شبهة فى صحته مع حصول الالتزام بالفعل ،وعلى تقدير عدم الالتزام ، يبطل البيع للتعليق أولا وعدم الشرط ثانيا ،وقد عرفت أيضا أنه مع عدم كون متعلق الالتزام أمرا اختياريا لا يحصل نفس الالتزام أيضا لاستحالة الالتزام بأمر ممتنع،كما هو واضح ·

ثم انه يثبت الخيار للمشروط عليه على تقدير عدم العمل بطبق التزامه واما البطلان فلا لحصول الالتزام حين العقد ·

المعنى الثانى : للشرط فى ضمن العقد أن يكون الالتزام العقدى معلقا على وصف أو فعل وليس معنى تعليق الالتزام بذلك الاّ ثبوت الخيار للشارط على تقدير التخلف فيكون المنشأ محدودا ·

اذا عرفت ذلك فنقول اذا باع أحد متاعه معلقا على التزام المشترى (على ما هو المعنى الاول للشرط) بامر غير اختيارى على تقدير خاص فلا شبهة فى بطلان البيع ح للتعليق بداهة استحالة تحقق الالتزام بامر

مستحيل كما هو واضح . و لا يخفى أن ما ذكرناه من تفسير الشرط وتعليق الالتزام عليه أو ما نذكره الآن من المرتكزات العرفية وكلامنا شرح للمرتكزات.

و أما على المعنى الثاني للشرط فاذا باع متاعه مطلقا و لكن جعل فيه شرطا كان مرجعه الى تقييد اللزوم بذلك و في الحقيقة أن البايع قد انشأ شيئان أحدهما : أصل العقد ،و الثاني : التزامه به على تقدير حصول ما علّق عليه التزامه من الكتابة للعبد و نحوها ، بحيث يكون له الخيار مع التخلف كما عرفت ثم اذا كان توقف الالتزام على الشرط المنجز فلا كلام لنا فيه، و ان كان تعليق اللزوم به الشرط المعلق كان ذلك على انحاء ، لأن التعليق قد يكون بأمر متأخر في ظرفه كأن يقول بعتك هذا الكتاب بشرط أن تخيط لي ثوبا ان جاء زيد في رأس السنة فان ما علق به الشرط و هو الخياطة أمر استقبالي و هو مجيء زيد في رأس السنة ،و قد يكون تعليق الشرط بأمر حالي حاصل بالفعل ،و لكن المتبايعين لا يعلمان به كما اذا قال البايع للمشتري بعتك هذا العبد على أن تخيط لي ثوبا انكان العبد كاتبا و كان كاتبا في الواقع، فان ما علق به الشرط و ان كان حاصلا و هو الكتابة و لكن حيث لا يدريان به المتبايعين فيكون الشرط معلقا في الظاهر دون الواقع،و قد يجتمع هنا كلا الامرين كما في البيع الخياري بان باع كتابا و جعل فيه الخيار في رأس الشهر الآتي على تقدير ردّ الثمن فان معلق عليه الخيار أمر متأخر و هو مقيد برد الثمن فهو مجهول اذ لا يعلم ان المشروط عليه يرد الثمن أو لا يرد الثمن فهو مجهول فقد اجمع الأمران الثاني من تعليق الشرط أن يكون اللالتزام مشروطا بشرط كأن يقول بعتك المتاع الفلاني على تقدير التزامك بالخياطة ان جاء زيد فهل هذا يرجع الى التعليق في العقد بدعوى أن الخياطة معلق بمجيء زيد فيكون الالتزام معلقا لكونه متعلقا بالخياطة و يكون العقد معلقا فيبطل العقد للتعليق .

و فيه أن نظير ذلك قد وقع فی الواجب المعلق و المشروط حيث ان من حكم باستحالة الواجب المعلق لكونه مستلزما لانفكاك الانشاء عن المنشأ فارجعه الى الواجب المشروط، و قد بسطنا الكلام فی امكانه فی محله و فی المقام لا محذور أن يكون المقيد بالشرط هو الخياطة و يكون بمنزلة المنشأ الذی يتأخر زمانه فی الواجب المعلق و يكون الالتزام مطلقا و فعليا ومحققا عند تحقق العقد ، و يكون ذلك بمنزلة الوجوب و الانشاء فی الواجب المعلق الذی قلنا ان الوجوب حالی و الواجب استقبالی فلا يلزم من الاشتراط المذكور لزوم التعليق فی العقد ، و كذلك الحال فی الاجارة أيضا كما اذا آجر الدار من شخص ويشترط المستأجر علی الموجر ان يخدم ضيفه ان جاء فان المشروط عليه قد التزم بالفعل و لا شبهة أن متعلق مشروط و مشكوك الحصول و الالتزام فعلی والملتزم به أمر استقبالی مشكوك .

الكلام فی حكم الشرط الصحيح

قوله : مسألة فی حكم الشرط الصحيح .

أقول : قد اشرنا فيما تقدم الى أن الكلام فی حكم الشروط يقع فی جهتين :-

الاولی : فی حكم الشرط الصحيح .

و الثانية : فی حكم الشرط الفاسد ، أما الكلام فی الجهة :-

الاولی : فقد عرفت أن الشرط علی ثلاثة أقاسم :-

الاول : شرط الفعل ، بان يشترط أحد المتعاملين علی الآخر ايجاد فعل أو تركه علی ما تقدم تفصيله .

و القسم الثانی : هو شرط الصفة بأن يشترط المشتری علی البايع كون

العبد كاتبا أو كون الحنطة ابيض أو أصفر أو كون التمر اسود وغير ذلك من الأوصاف أو ما هو فى حكم اشتراط الأوصاف من الأمور الخارجة عن اختيار المشروط عليه ، و قد عرفت فيما سبق أنه لا معنى لا شتراط الاوصاف و التزام المشروط عليه بذلك اما لتعليق العقد عليها بأن يبيع على تقدير تحقق هذا الوصف، فلا شبهة أن هذا تعليق موجب لبطلان العقد بالاجماع أو مرجع ذلك الى جعل الخيار على تقدير تخلف الوصف و قد عرفت سابقا أن هذا هو المتعيّن اذ لم يشك أحد فى صحة هذا الشرط، فلو كان هنا تعليق لكان باطلا و نفس بنائهم على صحة هذا الشرط قرينة على عدم ارادة الصورة الاولى .

القسم الثالث : من الشرط هو شرط النتيجة و شرط تحقق أمر بنفس العقد ، و ذلك كاشتراط تحقق أمر اعتبارى فى العقد ، و ذلك كأشتراط أن يكون بنت المشترى زوجة للبايع أو بالعكس بأن اشترط المشترى على البايع ذلك أو اشترط انعتاق عبد فلانى للمشترى أو يكون المزرعة الفلانية ملكا له أو غير ذلك من الماهيات الاعتبارية و قد عرفت حكم هذا القسم أيضا فيما

سبق و قلنا ان هذا الأمر الاعتبارى ان كان أمرا اختياريا للمشروط عليه و سببه أيضا اختياريا له أى له أن يوجد هذا الأمر الاعتبارى بأى سبب أراد. يوجد ذلك بمجرّد تحقق العقد الذى اشترط ذلك فيه ، و ذلك كالملكية مثلا فان سبب هذه الماهية الاعتبارية انما هو تحت يد المعتبر، فانه بأى نحو ابرز هذه المعتبر تحقق فى الخارج و ينشأ كما هو واضح .

و ان لم يكن ذلك الأمر الاعتبارى تحت اختيار المعتبر أو لا يكون سببه تحت يده ، بل كان له سبب خاص فانه لا يوجب ذلك بالعقد كالزوجية و الطلاق و العبودية و الانعتاق ، و كون المرهون مبيعا عند انقضاء الاجل و

نحو ذلك كان الشرط فاسدا لمخالفته للكتاب و السنة كما هو واضح.

ثم انه هل يمكن استفادة حكم هذه الأقسام الثلاثة كلها من دليل الوفاء بالشرط و أن المؤمنون عند شروطهم يشمل جميع هذه الاقسام الثلاثة أو لا بل يختص بشرط الفعل فقط، و أن المستفاد من ذلك الوجوب التكليفى و هو يختص بشرط الفعل كما عليه المصنف، و الظاهر أن دليل الوفاء بالشرط يشمل جميع الاقسام المتقدمة و لا يختص بالفعل وأن المستفاد من ذلك الحكم التكليفى و الوضعى كليهما فيكون جميع الأقسام مندرجة تحته و يجب المضى فى جميع ذلك بمقتضى الشرط و الوجه فى ذلك أن الظاهر من معنى قولهم (ع) فى الروايات المستفيضة المؤمنون عند شروطهم أو المسلمون عند شروطهم هو أنهم لدى شرطهم كقولهم (ع) : (المؤمنون عند عدته) و أن الشرط لازم له و لا ينفك عنه خصوصا مع أخذ الايمان أو الاسلام موضوعا للحكم، فانه يرشد الى الايمان وعدم انفكاك الشرط عنه الذى التزم به لا ينفكان و انهما متلازمان، و الشرط لازم له ولاصق به ويعبر عن ذلك بالفارسية بكلمة (جسبيدن) كان الشرط لصق به و ضمّه و لا شبهة أن هذا المعنى يلائم جميع أقسام الشرط أما القسم الاول و هو شرط الفعل فواضح، فان معنى اشتراط الفعل أن العقد مربوط به و قد اثبت المشروط عليه ذلك فى ذمته و هو عنده و لا ينفك عنه و لا يجوز له التخلف عن ذلك الفعل.

و أما القسم الثانى و هو شرط الصفة فقد عرفت أن مرجع ذلك الى جعل الخيار و أن الشارط يشترط على المشروط عليه الخيار و يكون الالتزام بالعقد مربوطا به بحسب التزام المشروط عليه، و أنه لازم الوفاء و أن مقتضى كون المؤمن عند شرطه هو أن يكون الخيار ثابتا على المشروط عليه على تقدير التخلف، لأنه اشترط على نفسه الخيار اذا تخلّف للوصف فلابدّ وأن يكون عند شرطه و مقتضى كونه عند شرطه هو نفوذ خيار الشارط و كونه مسلطا على

فسخ العقد و امضائه و هذا أيضا واضح.

اما القسم الثالث و هو شرط حصول أمر فی العقد فهو أيضا شرط فی العقد ،و العقد مربوط به و مقتضى اشتراط المتعاقدين ذلك هو أن يكون هذا أيضا نافذا لكونه شرطا من المؤمن و شرط المؤمن نافذ وماض ولا ينفك و لا يتخلف و هذا القسم من الشرط شرط أيضا لا يتخلف.

و على الجملة مقتضى قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم و ان شروطهم نافذ ،و اذا شرط المؤمن شرطا ينفذ أن جميع الاقسام المذكورة من الشرط نافذ فانه لا شبهة فی صدق الشرط عليها كلها وارتباط العقد بها و اذا كان شرطا حقيقة و قلنا أن شرط المؤمن نافذ فلابدّ من الحكم بشمول دليل الوفاء بالشرط لذلك، كما لا يخفى . فافهم .

و يؤيد كون المؤمنون دالا على الحكم التكليفی و الوضعی معا تطبيق الامام عليه السلام ذلك، أی المؤمنون عند شروطهم تارة بالحكم التكليفی و أخرى بالحكم الوضعی ، أما الاول ما تقدم من الرواية أن أحدا تزوج أمرأة و اشترطت عليه أن لا يأخذ عليها أمرأة ، فقال الامام عليه السلام : بئس ما صنع، فما يدری ما يخطر بباله من الليل و النهار واذا اشترط فليفی بشرطه لأن المؤمنون عند شروطهم .

و أما الثانی : ما دل على جواز اعطاء الابن مال كتابة الامة المكاتبة التی هی مزوجة لابيه و اشتراط أن لا يكون لها الخيار بعد كونها حرة لانه لو لم يكن هذا الشرط لكان لها الخيار فحكم الامام عليه السلام بنفوذ هذا الشرط وضعا و طبّق عليه قوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم فهاتان الروايتان قرينتان على كون المراد من دليل الوفاء بالشرط اعم من التكليفی و الوضعی كما هو واضح .

ثم انه بناء على ما يظهر من المصنف من اختصاص المؤمنون عند شروطهم

بشرط الفعل وعدم شموله لشرط الصفة و النتيجة لأن ذلك يتضمن حكما تكليفيا فلابدّ من التعلق بالفعل كالوجوب الوفاء في النذر و العهد ، كما هو واضح ،و هل هنا دليل آخر على لزوم القسمين الآخرين أم لا ؟ فذكر السيّد و شيخنا الاستاذ اشكالا على الشيخ بأنه اذا خصّصتهم ذلك بشرط الفعل و قلتم ان مفاد الدليل هو الحكم التكليفي فأي دليلكم على القسمين الآخرين ·

و لكن الظاهر أنا لا نحتاج في اثبات نفوذ الشرط في القسمين الآخرين الى دليل الوفاء بالشرط من جهة أنا ذكرنا سابقا أن معنى جعل الخيار عبارة عن تحديد الملكية المنشأة و جعل المنشأ قسما خاصا ،ولا شبهة أن اشتراط الوصف في العقد الذي مرجعه الى جعل الخيار انما يوجب تضييق دائرة المنشأ فيكون المنشأ هي الحصة الخاصة ،و كذلك المنشأ في القسم الثالث حيث ان اشتراط العقد بكون الشيء الفلاني حاصلا بذلك العقد أيضا ، الذي هو شرط النتيجة يوجب تضييق دائرة المنشأ لأن معنى الشرط كما عرفت هو الربط والارتباط ،و اذا كان العقد مربوطا بشيء يكون المنشأ بلحاظ هذا الشرط مضيقا و عليه فالمتبايعان من الاول قد انشأ ملكية خاصة و ملكية محدودة و يكون المشمول لعموم أوفوا بالعقود هو هذه الحصة الخاصة لازمة الوفاء ،فاذا كان هذا العقد الخاص واجب الوفاء بدليل أوفوا،فيكون الشرط الذي يوجب تضييق الدائرة ايضا واجب الوفاء كما هو واضح ، فلا نحتاج مع ذلك الى دليل وجوب الوفاء بالشرط لاثبات كون الشرط في القسم الأول و الثاني أيضا نافذا وضعا كما لا يخفى ·

ثم انه اذا اشترط أحدهما في ضمن العقد على الآخر أمرا اعتباريا على نحو شرط النتيجة و كان ذلك الأمر الاعتباري جائزا في طبعه كالوكالة فهل يكون لازما باشتراطه في ضمن العقد أو لا ؟ يكون كذلك ، بل يكون جائزا كما

كان كك، اذا تحقق فى نفسه خاليا عن اشتراطه فى ضمن عقد من العقود و لم تر من تعرض لذلك الاّ السيد فى حاشيته، حيث انه ذكر هذا و حكم بكونه لازما من جهة أن المستفاد من القرائن الخارجية القطعية أن اغراض الشارط كون المشروط عليه وكيلا من قبل الشارط ليس هو الوكالة حدوثا و ابتداء بحيث يكون المشروط عليه وكيلا له بعد العقد حدوثا فقط لا مستمرا، بل غرضه هو الوكالة المستمرة كما هو واضح ٠

و فيه ليس لنا كلام فى كون الوكالة المشروطة فى ضمن العقد مستمرة أو غير مستمرة، بل هى مستمرة بلا ريب، و انما الكلام فى أن هذه الوكالة المستمرة جائزة كالوكالة فى عقد الوكالة أو غير جائزة، بل هى لازمة كما هو واضح فما ذكره السيّد رحمة اللّه عليه خارج عن محل الكلام، كما لا يخفى و الظاهر أنها لازمة ٠

و الوجه فى ذلك هو أن دليل الوفاء بالشرط انما دل على أن المؤمن عند شرطه و شرطه لازمة عليه ولاصق به و منضم اليه بحيث لو اراد أن لا يفى بشرطه و يفكه عن نفسه لا يمكن و هذا عبارة أخرى عن لزوم الشرط فالوكالة و ان كانت جائزة بحسب طبعها و لكن حيث اشترط ذلك فى ضمن العقد اللازم فمقتضى دليل الوفاء بالشرط هو كونها لازمة و غير جائزة وأن الوكالة الحاصلة بعنوان شرط النتيجة لا تنحل بالفسخ، بل المأخوذ فى موضوع وجوب الوفاء بالشرط هو الايمان و الاسلام و هما يقتضيان اللزوم بحيث أن يكون هنا شئ لم يكن قبل الشرط و من الواضح أن الجواز فى الوكالة كانت قبل الشرط على أنا ذكرنا من انه يكفى فى لزوم الشرط نفس دليل الوفاء بالعقد و لا نحتاج بعد ذلك الى ما يدل على وجوب الوفاء بالشرط، و ذلك لأن الاشتراط يوجب تضييق دائرة المنشأ و كونه حصة خاصة ولا شبهة أن أوفوا بالعقود يدل على وجوب الوفاء بهذا الحصة الخاصة كما لا يخفى

فكما أن العقد يكون لازما بالاشتراط و جميع ما يكون من قيوده و حدوده أيضا يكون لازما بذلك كما هو واضح لا يخفى ، فافهم .

نعم اذا اشترط على الآخر أن يوكل شخصا آخر في ذلك فانها يكون جائزة و هذا بخلاف اشتراط كونه وكيلا هذا ما يرجع الى شرط أمر اعتبارى بعنوان شرط النتيجة .

و اما شرط الفعل فقد تقدم الكلام في بعض الجهات الراجعة اليه و من جملتها هي أن مقتضى المؤمنون عند شروطهم هو شرط الفعل فقط ، لكونه دالا على الحكم التكليفي فلا يتعلق الا بالفعل كتعلق النذر به أو يعم بقية الاقسام فقد عرفت أن المصنف رحمة الله عليه ذكر كونه وجوب الوفاء بالنذر بحيث لا يتعلق الا بالفعل و أما بقية الاقسام فليست مشمولة لذلك و لكن قد عرفت أن الامر على خلاف ذلك ، و أن مفاد دليل الوفاء بالشرط هو الأعم من ذلك .

ثم انه خالف الشهيد رحمه الله في كون دليل الوفاء بالشرط دالا على الحكم التكليفي اعني وجوب الوفاء بالشرط ، بل ذكر أنه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط و انما فائدة الشرط هو جعل العقد عرضة للزوال و لكنه واضح الدفع حيث عرفت أن الظاهر من قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم كقولهم (ع) المؤمن عند عدته حيث يستفاد من امثال ذلك وجوب الوفاء بالشرط و الوعد على أن غرض الشارط هو أن يلزم المشروط عليه بحسب شرطه لا مجرّد جعل العقد جائزا و عرضة للزوال ، بل قد عرفت أن المأخوذ في موضوع الوفاء بالشرط هو الايمان و أن الوفاء به من علامته و هو يقتضى أن يكون المشروط عليه ملزما بالوفاء و يجب عليه الوفاء بالعقد خصوصا يتضح أن الحديث يدل على وجوب الوفاء تكليفا بملاحظة رواية منصور المتقدمة حيث دلت على أنه اذا اشترط ذلك فليف بشرطه و طبق عليه الامام عليه

السلام المؤمنون عند شروطهم.

و من جملة الجهات للبحث هنا هو ان مقتضى دليل الوفاء بالشرط ما ذكره المصنف رحمه اللّه حيث قال: ان للمشروط له اجبار المشروط عليه من جهة أنه التزم بالعمل له فله اجباره من جهة التزامه العمل للمشروط له و هذا لا من جهة جواز الأمر بالمعروف، بل من جهة ثبوت حق له عليه بالتزام عليه بالشرط حيث انه التزم له فله المطالبة بذلك فما افاده (قده) متين و يؤيده ما فى بعض الاخبار من قوله عليه السلام فليتم المرائة شرطها، حيث عبر باللام و قال للمرأة الظاهر فى كونه حقا لها و عليه فللمشترى أو للبايع أن يطالب المشروط عليه لشرطه مضافا الى السيرة العقلائية، فان العقلاء يرونه حقا على المشروط عليه، و يطالبون به فى المحاكم العرفية ثم انه ره استدل على ذلك بوجه آخر و ملخصه ان الشرط ملك للمشروط له، و له أن يطالب بمملوكه و أن الشرط كأحد العوضين فكما أن أجزء العوضين، لابدّ من تسليمهما الى مالكهما و كذا الشرط لأنه كالجزء، لابدّ من تسليمه الى مالكه و هذا لا يمكن المساعدة عليه و ذلك لما قدمنا من أن الشرط لا يوجب اشتغال ذمة المشروط عليه بالشرط على نحو لو مات اخرج من تركته كما فى العوضين، فانه لم يثبت كون الشرط كذلك، نعم يجب عليه الوفاء بما اشترطه على نفسه، و هو حق ثابت للمشروط له، و أما الملكية فلا، كما لا يخفى.

و المتحصل أن المشروط له يتمكن من مطالبة المشروط عليه بالشرط و اجباره عليه، لأنه حقه حسب التزامه مضافا الى دلالة الرواية المتقدمة، و ثبوت السيرة العقلائية و اقوى من الكل ان له اسقاطه و هو يؤيد كون وجوب الوفاء حقيّا لأنه القابل للاسقاط.

و يمكن ان يقال أن الحكم أيضا يعقل ان يرتفع باسقاطه من جهة احتمال أنه مشروطا بعدم رفع يد المشروط له منه و هذا أمر ممكن بحسب مقام

الثبوت الاّ أنه يحتاج الى دليل فى مقام الاثبات، هل الحكم، الحكم التكليفى فقط؟ كوجوب الوفاء بالنذر، فانه لا يجب للمنذور له، بل لا يجوز مطالبة المنذور من الناذر لعدم استحقاقه على الناذر شيئا أصلا، الاّ من باب الامر بالمعروف يجوز المطالبة و هو لا يختص بالمنذور و المشروط له، بل هو وظيفة كل مسلم أو يدل على الحكم الوضعى أيضا بحيث يكون هنا وجوب حقى يجوز للمشروط أن يطالبه من الشارط، بمعنى أن هنا حقا للشارط على المشروط عليه بحسب الاشتراط بحيث للشارط اجبار المشروط عليه على الوفاء بشرطه بحسب الاشتراط، و ربما يفصّل بين الشرط الراجع الى مصلحة أحد المتعاقدين كخياطة الثوب و نحوها و بين ما لا يرجع الى مصلحتهما كاشتراط كنس المسجد فالتزم بجواز الاجبار فى الاول دون الثانى كما ربما يفصّل بين شرط الذى كالمتعلقات للعقد نظير اشتراط رهن المبيع عند البايع لعدم اطمينانه للمشترى حتى يوثق بثمنه و بين الشرط الاجنبى نظير الخياطة و نحوها ففى الاول يصح الاجبار لانه من متعلقات العقد، و العمل به كالعمل بالعقد لازم دون الثانى فقد اختار المصنف الوجه الثانى لأن مقتضى العمل بالشرط ليس هو الاّ كتسليم العوضين، فان المشروط له، له حق بحسب الاشتراط على المشروط عليه ولذا له أن يجبره على الوفاء وسيأتى فى البحث الاتى أن الاجبار فى عرض كون الشارط مخيرًا بين الفسخ والامضاء لا أنه ليس الاجبار اصلا كما زعمه بعضهم.

نعم، أن الشارط لا يملك شيئا بحسب الاشتراط كما فى كلام المصنف حيث ذكر أن الشارط يملك على المشروط عليه الشرط اذ ليس هنا مملوك و الاّ فلابدّ و أن يكون من جملة الارث على تقدير موت الشارط و ليس كك و قد عرفت أن الشرط لا يقابل بجزء من الثمن ليكون مملوكا للشارط، بل هو جعل حق على المشروط عليه و الشاهد على ذلك أنه يسقط ذلك بالاسقاط

مع أنه لو كان مفاد الدليل مجرّد الحكم التكليفي لم يسقط بالاسقاط ، كما هو واضح ·

ثم ان ما ذكره المصنف من الاستدلال بالروايات الدالة على أن المؤمنون عند شروطهم على أنه ليس الوفاء بالشرط مجرّد التكليف المحض، بل هنا شيء آخر للشارط على المشروط عليه متين و لكن قد عرفت أنه ليس بملك لعدم ترتب لوازمه من الارث و نحوه على ذلك ،و انما هو حق من الحقوق ،و لا شبهة في دلالة الروايات المتقدمة على ذلك و يضاف على ذلك قيام السيرة القطعية على ذلك و أن اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر، مجرّد اثبات الحكم التكليفي عليه ، بل غرضه أن يجعله ملزما بهذا الشرط بحيث يجبره على ذلك في المحاكم المختصة على تقدير ادايا ، بل ربمّا يلتفت الشارط بالحكم التكليف اصلا ·

و على الجملة فبناء العقلاء على ثبوت حق للشارط على المشروط عليه بالاشتراط و غرض المتبايعين أيضا هو ذلك ، فان الشارط غرضه اثبات حق على المشروط عليه و الزامه اعطاء ذلك الحق و سيأتي أن الاجبار على الوفاء بالشرط في عرض الخيار ، و الفسخ لا في طوله و يدل على ذلك كله أن للمشروط له اسقاط ذلك ، فانه لو لم يكن من الحقوق لم يقبل ذلك الاسقاط فمن قبوله الاسقاط نستكشف كونه من قبيل الحقوق ، كما هو واضح ·

وما عن صاحب جامع المقاصد من توجيه عدم الاجبار بأن لهطريقا الى التخلص بالفسخ ضعيف في الغاية بداهة أن من جعل لنفسه الخيار انما غرضه هوالفسخ بعد تعذر أخذ ما شرط عليه اما لعدم تمكنه أو لعدم تسلط الشارط على المشروط عليه لشقاوته و أما مع امكان اجباره و لو بالشكاية الى المحاكمة المختصة فيجبره عليه اذ لو لم يكن للشارط حق الاجبار لتضرر في معاملية غالبا ، فانه لو اشترى أحد شيئا مع الشرط على البايع و ترقى قيمة

ذلك الشيء اضعاف قيمته الاولى فليس للمشروط عليه أن لا يعمل بالشرط و يقول للشارط افسخ المعاملة، بل يجبره الشارط على الوفاء، الاّ أن يريد الفسخ على طبق ميله، و ليس غرضنا من ذكر الضرر التمسك بحديث نفى الضرر، بل غرضنا استبعاد هذا المطلب أى الالتزام بعدم جواز الاجبار فان نتيجة ذلك هو تضرر الشارط كثيرا وهو على خلاف الارتكازات العقلائية و بنائهم فانه ليس من المتعارف ان يشترط أحد على غيره بشرطا ومضى مدة ثم يقول المشروط عليه ليس لك الاّ فسخ العقد.

و على الجملة ليس الغرض من الشرط هو تخلص الشارط عن المعاملة و لوازمها حتى يقال انه ليس منحصرا بالاجبار بالفسخ، بل غرض الشارط هو الوصول الى غرضه من الشرط من المنافع و دفع الضرر ولوكانت الأغراض شخصية فلا وجه للقول بأن له وجها الى التخلص.

و بعبارة أخرى أن ما افاده جامع المقاصد لا يتم لا من جهة ما ذكره المصنف من الخيار فى مرتبة متأخرة عن الاجبار لوصول النوبة اليه لما سيأتى أن الاجبار فى عرض الخيار لا فى طوله، بل من جهة أنه ان كان للمشروط له حق المطالبة، فلا شبهة فى جواز الاجبار لمطالبة الحق، و الاّ كان مفاد الشرط هو الحكم التكليفى فقط كالنذر فلا يسوغ الاجبار مضافا الى قيام السيرة.

و قد يتوهّم أن ظاهر الشرط هو فعل الشيء اختياريا، فاذا امتنع المشروط عليه فقد تعذر الشرط و حضور الفعل منه كرها بالاجبار غير ما اشترط عليه لأن اللازم أن يكون متعلق الشرط امرا اختياريا كما تقدم، فلا يكون الاجبار موجبا للوفاء بالشرط و فيه الظاهر أن هذا التوهم انما نشأ من خلط بين الكلمة الاختيارية المستعملة فى مقابل عدم القدرة و كلمة الاختيار المستعملة فى مقابل الكره و عدم المحبوبية و الذى هو موضوع صحة التكاليف هو الأول بمعنى أنه يشترط أن يكون التكليف متعلقا بأمر اختيارى

فلا يصح تعلقه بأمر غير مقدور و أما الثاني فلا و من الواضح أن الفعل اعني الشرط في المقام، و ان يصدر عن المشروط عليه بالكره، و لكن مع ذلك هو فعل اختياري له و ليس فعلا غير اختياري حتى لا يصح كونه متعلقا للشرط الاّ أن يكون الاكراه عن غير حق.

و بعبارة أخرى أن متعلق الشرط لا بدّ و أن يكون امرا مقدورا سواء كان صادرا عن المشروط عليه كرها أم اختياره مقابل الكره، فلا وجه لهذا التوهم اصلا، نعم لو اشترط على الآخر فعلا صادرا عنه بالاختيار وعدم الكره كان لهذا التوهم مجالا واسعا كما هو واضح على جواز مطالبة الحقوق كالاموال هذا كله مع الاغماض عما ذكرناه في اشتراط الوجوب بالقدرة حيث قلنا ان الوجوب لا يتعلق بغير المقدور.

و أما اذا كان الفعل مقدورا تارة و غير مقدور أخرى فلا مانع من ايجاب الجامع بين المقدور و غير المقدور، لأن الجامع بينهما مقدور وكذلك نقول في المقام أن الالتزام بالعمل الغير، الغير الاختياري و ان كان غير معقول الاّ أن العمل اذا صدر من الاختيار تارة و من غير الاختيار أخرى فالجامع بين الاختياري و غيره لا مانع من التزامه و لكن لو لم نقل بذلك فالجواب ما عرفته آنفا.

قد عرفت أن شيخنا الانصاري (قده) تعرض في المقام لعدة أمور:

منها: أن الوفاء بالشرط واجب على المشروط عليه وجوبا تكليفيا.

ومنها: ان لزوم الوفاء بالشرط هل هو حكم تكليف محض أو أنه من جهة حق للمشروط له على المشروط عليه، و لذا يمكنه اجبار المشروط عليه على العمل و الوفاء بما لزمه على نفسه ذكر المصنف أن له اجبار المشروط عليه بالوفاء من جهة أنه ملك الشرط باشتراطه و قد وافقناه في النتيجة و ناقشنا في دليلها و قد قلنا أن له اجباره و استشهدنا عليه بالسيرة العقلائية،

و قلنا ان لزوم الفعل بالشرط و كونه حقا للمشروط له ثابت ببناء العقلاء و أن الادلة الدالة على لزوم الوفاء بالشرط وردت امضاء للسيرة المذكورة ٠

ثم انه قد تعرض بعد ذلك على أمر ثالث و هو أن المشروط عليه اذا امتنع من الوفاء بما التزمه و كان الشرط أمرا قابلا للنيابة كالانشائيات نظير بيع شيء أو هبته و نحوهما ، فهل للحاكم أن يباشر بذلك فيبيع المال المشروط بيعه أو يهبه من قبل المشروط عليه أو أنه ليس للحاكم ذلك و لا يقع عمله نافذا عن قبل المشروط عليه قد قوى تمكنه من ذلك من جهة ماورد من أن السلطان ولى الممتنع فيندفع ضرر المشروط له بتصدى الحاكم للوفاء بما التزمه المشروط عليه على نفسه هذا ،و الوقت لم يسع للمراجعة الى أن هذه الرواية هل رويت بطريقنا و انها معتبرة أو أنها نظير من المختصرات لغوية لا اعتبار لها فليراجع الى مظانها ٠

ثم على تقدير أنها رواية معتبرة لا تكفى بمجردها فى اثبات المدعى و هو صحة تصدى الحاكم على ما على الممتنع من الالتزام بل لابدّ من ضم مقدمة خارجية اليها فان الحاكم ليس بسلطان و لا من دونه بمرتبة أو بمراتب فلابدّ فى اثبات ولاية الحاكم من دعوى القطع بمناسبة الحكم و الموضوع على أن هذا الولاية الثابتة للسلطان ليست من الاحكام المختصة للسلطان ، بل هو من أحكام المنصب فيثبت للحاكم أيضا لأن المستفاد من الرواية أن الشارع لا يرضى لتضيّع حقوق الناس و هذا كما ثبت للسلطان يثبت للحاكم أيضا اذا تمكن من ذلك و لو لا دعوى القطع المذكورة احتاج اثبات المدعى فى المقام الى ضم كبرى كلية على هذا الرواية و هى ولاية فى كل ما للسلطان من الاحكام و المناصب أو المناصب المختصة له و قد تقدم فى بحث الولاية أن ولاية الحاكم على نحو الكلية غير ثابتة و أنه ليس له الولاية فى كل ما للامام و السلطان ولاية و لذا ذكرنا أن اثبات المدعى فى المقام بمجرّد

هذا ه الرواية غير ممكن الا بضم دعوى القطع على أن هذه الولاية ليست من مختصات السلطان بمناسبة الحكم و الموضوع.

ثم انه قد تعرض الى أمر رابع فى المقام و هو أن الخيار الثابت للمشروط له على تقدير عدم وفاء المشروط عليه بما التزامه على نفسه هل هو فى عرض الاجبار أو أنه فى طوله بمعنى أنه اذا تعذر عليه اجباره و لم يتمكن منه تنتهى النوبة الى الخيار و له أن يفسخ العقد ح أو أنه مع تمكنه من الاجبار متمكن من الخيار ايضا نقل عن بعضهم أن الخيار فى طول الاجبار و عن العلامة أن الخيار فى عرضه و أن مع تمكنه من الاجبار متمكن من الفسخ ثم قوى (قده) عدم ثبوت الخيار مع التمكن من الاجبار.

وفى حاشية المكاسب من تقريرات شيخنا الاستاذ (قده) أن هذا البحث بعينه البحث السابق ولا اختلاف بينهما الاّ فى مجرد الالفاظ واحتمل هناك أن يكون تكراره من قلم شيخنا الانصارى وتعجب منه فى أنه كيف تعرض له ثانيا ولا يخفى وضوع الفرق بين المسألتين لأن البحث فى المسألة الاولى انما كان متمحضا فى ثبوت أصل الاجبار وأنه جائز للمشروط له أولا وأما فى هذه المسألة فالبحث فيها فى أن الخيار الثابت للمشروط له فى عرض الاجبار أو فى طوله فالمسألتان متغائرتان لا ربط من احديهما الى الاخرى.

و العجب من شيخنا الاستاذ أنه كيف خفى ذلك عليه مع أنه أمر واضح لا يحتاج الى اقامة الدليل و لعل الاشتباه من قلمه الشريف دون قلم شيخنا الانصارى و ذكر بعض المحققين أن أصل عنوان المسئلة عجيب لأن استحالة اجتماع الخيار مع التمكن من الاجبار بمكان من الوضوع و الوجه فى ذلك أنا ذكرنا أن الشرط ليس هو مجرّد الوفاء الاختيارى بل يعمّه والوفاء الاجبارى أيضا و من الظاهر أن الخيار انما يثبت فى المقام بعد تعذر الشرط اذ الكلام فى هذا الخيار اعنى خيار تعذر الشرط و مع التمكن من الخيار لا

تعذر للشرط، بل هو ممكن ومعه لا معنى للخيار٠

و بالجملة فرض التمكن من الاجبار فرض عدم تعذر الشرط الذی هو أعم من العمل الاختياری و الاجباری و فرض عدم تعذر الشرط فرض عدم الخيار فكيف يجتمع التمكن من الاجبار مع الاختيار و ما افاده رحمه‌الله متين لو كان المراد بالخيار فی المقام خصوص خيار تعذر الشرط اذ مع التمكن من الاجبار لم يتعذر الشرط فلم يتحقق موضوع الخيار و اما لو كان المراد بالخيار الأعم من تعذر الشرط كما سيأتی فلا وجه لما افاده٠

و بعبارة أخرى انا نلتزم بالخيار عند تعذر الشرط لكن لا من جهة خصوصية فی التعذر، بل من جهة أنه احد الأمور الموجبة للخيار ومصداق من مصاديق الموجب للخيار٠

وح يمكن أن يثبت الخيار مع التمكن من الاجبار ليتحقق موضوعه كما سنبينه انشاء الله٠

وعليه فلابدّ من مراجعة مدركه الخيار لو بنى أنه يثبت مع التمكن من الاجبار أو لا يثبت اذ عدم امكان اجتماعها ليس من البديهيات حتى لا يحتاج فيها الى دليل فنقول أيضا مدرك الخيار عند تخلف الشرط هو الاجماع كما ذهب اليه بعضهم فلابدّ فيه من الاقتصار على المورد المتيقن و هو صورة عدم التمكن من الاجبار و أما معها فلا يقين بالاجماع على ثبوت الخيار ح فلا يثبت الخيار بعد عدم التمكن من الاجبار٠

و ان كان المدرك لثبوت الخيار قاعدة لا ضرر كما ذهب اليه المصنف فلا يثبت الخيار مع التمكن من الاجبار أيضا لأنه مع تمكنه من الاجبار لا يتوجه عليه ضرر حتى يدفع بالخيار و من هنا ذكر شيخنا الانصاری أن الخيار فی طول الاجبار لا فی عرضه و لكنا ناقشنا فی كون مدرك الخيار هو قاعدة لا ضرر فی خيار الغبن فراجع٠

و أما اذا كان المدرك للخيار عند تخلف الشرط هو الشرط الضمنى الذى اعتمدنا عليه ، فالخيار ثابت معا لتمكن من الاجبار وذلك لأن المشروط له قد علق الزامه فى المعاملة على التزام المشروط عليه بالشرط، وقد ذكرنا أن الشرط لابدّ و أن يكون مربوط بالعقد و لا معنى لكونه عبارة عن الالتزام فى ضمن الالتزام بأن يكون العقد ظرفا للشرط فقط، بل لا بدّ و أن يكون مربوطا به و ذكرنا أيضا ان الاشتراط يوجب تعليق أصل المعاملة على التزام المشروط عليه بالشرط بحيث لو لا التزامه بالفعل فلا يتحقق المعاملة أصلا كما أن التزامه بالمعاملة و قيامه عليها معلق على وفائه بالشرط فى الخارج بمعنى أن المشروط عليه ان لم يفه بالتزامه فى الخارج فللمشروط له أن لا يف بالتزامه بالمعاملة .

و بعبارة أخرى ان التزام المشروط عليه بالشرط و ان كان محققا بحسب الحدوث و لذا قلنا بتحقق البيع لحصول ما علق عليه الآ انما ان التزم بالشرط بحسب البقاء أيضا فيلتزم المشروط له أيضا بالمعاملة ،و أما اذا لم تلزم المشروط عليه بالشرط بحسب البقاء فللمشروط له أن لا يفي بالتزامه بالمعاملة فيفسخها وعليه فالخيار يثبت للمشروط له بمجرّد عدم وفاء المشروط عليه ، بشرطه و عدم التزامه به بقاء و معنى خياره كونه متمكنا من رفع اليد عن التزامه و قد عرفت انه انما يكون متمكنا من رفع اليد عن التزامه فيما اذا لم يلتزم المشروط له عليه بالشرط بحسب البقاء و معه لا داعى الى تقييده بعدم التمكن من الاجبار لانه كلفة زائدة و بما ذكرنا ظهر أن الخيار فى المقام فى عرض الاجبار لا فى طوله ،و يمكن أن يكون نظر المصنف فيما ذكره فى المقام الى ذلك حيث ذكر أن المقام لا يقاس بامتناع تسليم أحد العوضين لأن تسليم كل من العوضين الى مالك الآخر انما يجب مع تسليم الآخر فاذا لم يسلم أحدهما فللآخر أن يمتنع عن التسليم بمعنى أن الالتزام بالتسلم فى

كل من المتبايعين مشروط و هو ثابت لكل منهما و هذا بخلاف المقام لأن الالتزام بالعمل بالشرط انما هو من أحدهما لا من كليهما فاذا لم يف بما التزمه فللمشروط له أن لا يفى بالتزامه (و ليس للمشروط عليه الامتناع من الوفاء حتى يف الآخر بالتزامه كما فى مسألة التسليم اذ الالتزام ليس من الطرفين فى المقام)٠

و قد ذكر المحقق المتقدم أن هذا الكلام من الشيخ يشبه كلام الاطفال فى مقام اللجاج حيث يقول أحدهما للآخر ان لم تعطنى لا اعطيتك و بما ذكرناه عرفت أن الأمر ليس كك و أن هذا الكلام منه كلام متين ولا يشبه كلام الاطفال ، لأن المشروط له قد علق التزامه بالمعاملة مع وفاء المشروط عليه بالتزامه فان لم يف بما التزمه ، فلا يجب على المشروط له البقاء على التزامه فما افاده العلامة من ان الخيار فى عرض التمكن من الاجبار هو الصحيح٠

ثم انه ذكر فى المقام امرا خامسا و هو أنه اذا تعذر الشرط فى الخارج من جهة عروض عمى على من التزم بالخياطة أو شلل و نحوهما فلا يثبت للمشروط له الاّ الخيار ، و له ان يفسخ المعاملة ح و لا يثبت له الأرش بان يطالب المشروط عليه مابه التفاوت بين قيمة الشيء مع الشرط كالخياطة ، و قيمته بدونه ٠ و ربما يقال بثبوت الأرش فى موارد تعذر الشرط لتفاوت قيمة المبيع مع الاشتراط و قيمته بدونه ٠

و ثالثا : يفصّل بين الشروط التى تقابل فى نفسها بالمال كاشتراط خياطة الثوب لأن لها قيمة فى نفسها و اشتراط مال العبد فى شرائه فيلتزم فيها بالأرش عند تخلفها و تعذرها و بين شرط الأوصاف مما لا يقابل بالمال فى نفسه و انما يوجب زيادة قيمة المشروط نظيرا شتراط القدرة على الكتابة فى العبد أو القدرة على الطبخ وغيرهما من الأوصاف الكمالية الموجبة لاختلاف قيمة الموصوف فيلتزم بعدم الأرش فيها ٠

و لا يخفى عليك أن الشروط سواء كانت من شرط الأوصاف او غيرها مما لا يقابل بالمال فى المعاملات و يقع شىء من الثمن فى مقابلها ، بل الثمن بتمامه يقع فى مقابل ذات المبيع و عليه فلا وجه للأرش و مطالبة ما يخصّها من القيمة مطلقا و انما التزمنا بالأرش فى خيار العيب من جهة النصوص لا من جهة مطابقة القاعدة .

و قد اشر السيّد فى حاشيته على ثبوت الأرش فى تخلف الشروط بدعوى أنها و ان لا تقابل بالمال فى مقام الانشاء و عالم الظاهر الاّ أنها تقابل بها فى عالم اللب والواقع و قد تقدم ذلك فى مبحث خيار العيب وبه أثبت كون الأرش على وفق القاعدة و اجبنا عنه هناك بأن المعاملات مما ليس له عالمان ظاهر و واقع و صورة و لب ، بل صورتها لبها و لبها صورتها لأنها ليست الاّ الاعتبارات نفسانية مبرزة بمرز فى الخارج و هو اما موجودة ، أو معدومة . و لا معنى لثبوتها لبا دون صورة و عليه فلا يثبت للمشروط له عند تخلف الشروط و تعذرها الاّ الخيار دون الأرش كما عرفت .

ثم ان المصنف ذكر امرا سادسا و هو أن الشروط اذا صار متعذرا و ثبت بذلك الخيار للمشروط له ، و لكن العين خرجت عن ملك المشروط عليه و سلطنه لتلف أو نقل لازم فهل يمنع ذلك عن فسخه أو لا ؟ وعلى تقدير فسخه هل يرجع على المشروط عليه بقيمتها أو مثلها أو أنه يقتضي الرجوع الى نفس العين بفسخ العقد الواقع عليها من أصلها أو من حين الفسخ وقد تعرض (قده) فى المقام الى جهات :ـ

الجهة الاولى : فى أن المشروط له اذا فسخ هل يرجع الى قيمة العين و لا يرجع اليها بنفسها بفسخ العقد الواقع على العين من جهة ان العقد الواقع على العين قد صدر من أهله و وقع فى محله حيث انه صدر من مالكها فى زمان ملكه فلا وجه لبطلان العقد ، بل لو فسخ فلابدّ من أن يرجع

ببدلها أو أن يرجع الى نفس العين بفسخ العقد الصادر من المشترى من أصله أو من حين فسخه و الصحيح أن يرجع الى بدلها لأن العقد الواقع عليها كان صحيحا حين صدوره و لا وجه لبطلانه و تعرضنا لذلك تفصيلا فيما تقدم والمقام اعنى تعذر الشرط مع خروج العين عن ملك المشروط عليه من أحد صغريات ما تقدم فى محله من أن الفسخ بعد انتقال العين الى ملك شخص آخر بعقد صحيح لا يقتضى الاّ الرجوع الى بدلها فراجع.

الجهة الثانية : أن الشرط اذا تعذر وخرجت العين عن ملك المشروط عليه بعقد آخر منافى لمقتضى الشرط كما اذا اشترط عليه بيعه من زيد وهو باعه من عمرو أو اشترط عليه وقفه و هو باعه و هكذا مما يكون منافيا للاشتراط فهل العقد الواقع على المال صحيح مع أنه مخالف لمقتضى الشرط أو أنه باطل أو يفصل فيه بين ما اذا قلنا بأن الشرط يقتضى حقا للمشروط له على المشروط عليه فنلتزم فى الأول بصحة العقد الصادر من المشروط عليه الذى هو مخالف لمقتضى العقد لانه لا يستلزم ح الاّ مجرّد المخالفة للحكم الشرعى بوجوب الوفاء و أما عقده فصحيح و نلتزم فى الثانى بالبطلان اذا لم يسبقه الاذن من المشروط له و لم تلحقه اجازة منه لأنه ح بيع شيء تعلق عليه حق الغير و بيعه باطل .

و أما اذا سبقه اذنه أو لحقه اجازته فالعقد أيضا صحيح و هذا هو الذى ذهب اليه المصنف.

و ربما يفصل فى المقام بتفصيل آخر و هو التفصيل بين سبقه بالاذن من المشروط له ، فالعقد يصحّ و بين لحوقه باجازته أى المشروط له فيبطل بدعوى أن العقد اذا سبقه اذن من له الحق فعقده وقع صحيحا عند اسناده الى العاقد .

و أما اذا وقع بلا اذنه حين اسناده الى عاقده ثم لحقته الاجازة فلا

محالة يقع فاسدا لأنه عقد واحد شخصي قد حكم عليه بالبطلان حين صدوره من العاقد فكيف ينقلب الى الصحة بالاضافة (و العقد باستمرار الزمان لا يكون متعددا) الى نفس ذلك العاقد ، بعد ذلك وقد تقدم هذا التفصيل من الشيخ اسد اللّه التسترى فى بيع الفضولى حيث فصل فى تصحيح العقد الأول بالاجازة المتأخرة بين العقد الفضولى المصطلح أعنى ما اذا كان العاقد غير من ينسب اليه العقد بالاجازة و بين مثل تزويج بنت اخت الزوجة أو بنت أخ الزوجة مما يكون العاقد الفضولى فيه هو المنتسب اليه العقد بالاجازة ، فالتزم فى مثل ذلك بصحة العقد المذكور فيما اذا سبقه الاذن من الزوجة و بالبطلان فيما اذا لم يسبقه الاذن سواء لحقته الاجازة أيضا أم لم تلحقه ،و ذلك من جهة أن العقد حين صدوره من العاقد حكم عليه بالبطلان لعدم اشتماله على شرط صحته ، فلا يمكن أن ينقلب الى الصحة بالاجازة المتأخرة بالاضافة الى ذلك العاقد لأنه عقد واحد قد حكم بالفساد (و العقد الواحد لا يتعدد بحسب الأزمنة) بالاضافة الى العاقد فلا يتصف بالصحة بالاضافة اليه أبدا ،و هذا بخلاف الاجازة فى الفضولى المصطلح لأن العقد و ان اتصف بالبطلان بالاضافة الى العاقد الاّ أنه لا مانع من اتصافه بالصحة بالاضافة الى المالك اذا أجاز لأنه لم ينسب اليه قبل اجازته ليحكم بصحته أو بفساده ، بل ينسب اليه باجازته و يحكم بصحته له من حين الانتساب هذا ما فصله الشيخ اسد اللّه التسترى هناك ·

و التفصيل المذكور فى المقام هو عين هذا التفصيل الذى نقلناه عن الشيخ المذكور·

و قد اجبنا عن ما فصلّه شيخ المتقدم هناك بوجوه :ـ

منها : أن مقتضى الأخبار الواردة فى صحة تزويج العبد بدون اذن مولاه اذ الاجازة بعد تزويجه معللا بانه لم يعص اللّه و انما عصى سيّده ،

عدم الفرق فى صحة العقد الصادر فضوليّا بالاجازة المتأخرة بين الفضولى المصطلح و تزويج بنت أخت الزوجة أو بنت أخيها وذلك لأن الاخبار المذكورة تعطى حنابطة كلية فى صحة العقد الفضولى بالاجازة المتأخرة وهى أن العقد الصادر عن الفضول ان كان معصية وضعية للّه تعالى فهو باطل ، ولا ينقلب الى الجواز و صحة الفضولى على طبق القاعدة فى جميع موارده فلا وجه لرفع اليد عنها فى بعض موارده و أما اذا لم يكن معصية للّه حتى بالاجازة المتأخرة لانه كان معصية و مخالفة لذلك المجيز فاذا رضى به واجاز جاز و فى العقد المذكور أيضا اذا رضيت الزوجة و أجازت عقد بنت اختها أوبنت اخيها جاز لأنه لم يكن معصية للّه و انما كان معصية للزوجة ومخالفا لحقها فاذا أجازت جاز ، فهذا التفصيل ساقط و التفصيل موكول الى محله .

و أما دعوى البطلان مطلق فلعلها من جهة أن العقد ح منهى عنه لأنه مناف للوفاء بالشرط الواجب و النهى فى المعاملات يوجب الفساد .

و يرد عليه وجوه :—

الاول : أنه ليس فى المقام نهى مولوى شرعى من بيع المشروط عليه ماله من غير من اشترط بيعه منه ، اذ لم يرد عنه نهى وانما أمر ببيعه ممن اشترط بيعه منه و هو لا يقتضى النهى عن بيعه من غيره الاّ على القول بأن الامر بالشيء يقتضى النهى عن ضده و هو ممنوع .

الثانى : ذهب الى أن بيعه من غير من اشترط بيعه منه مورد للنهى و لو من جهة اقتضاء الأمر بالشيء النهى عن ضده الاّ انا ذكرنا فى محله أن النهى فى المعاملات لا يقتضى فسادها مطلق سواء تعلق بالسبب أو بالمسبب أو التسبيب .

و الثالث : أنا لو سلمنا ان العقد المذكور منهى عنه شرعًا وسلمنا أن النهى فى المعاملات يوجب الفساد و لكنه لا يلزم منه الالتزام بفساد العقد

المذكور مطلق لانه اذا رضى به المشروط له اذنا أو اجازة فلا محالة ترتفع النهى عنه اذ النهى عنه ليس الاّ من جهة حق المشروط له فاذا تجاوزعن حقها رتفع النهى ٠

و دعوى البطلان مطلق لا يرجع الى وجه صحيح و من ذلك يظهر أن التفصيل بين كون الوجوب تكليفيا محضا أوكونه حقيا كما ذهب اليه المصنف لا يمكن المساعدة عليه لأن الوفاء بالشرط و لو قلنا أنه من جهةثبوت الحق للمشروط له على المشروط عليه الاّ أن هذا الحق لا تتعلق بالمال والعين و انما تتعلق على العقد فلا يكون بيعه بيعا لمتعلق حق الغير و ليس المقام عن قبيل بيع العين المرهونة التى متعلق حق الغير سيما مع ملاحظة أن الخيار منعقد فى المقام فلا وجه للتفصيل بين الصورتين اذ فى كليهما يكون بيعه مضادا لما يجب عليه الوفاء به تكليفا أو حقيا ثبت للمشروط له الخيار من دون ان يستلزم بطلان العقد أبدا فالصحيح هو الالتزام بصحة العقد الصادر من المشروط عليه مطلقا و يشمله عمومات حل البيع و الوفاء بالعقود و لكن للمشروط له الخيار و لا وجه للبطلان ٠

ثم لو قلنا ببطلان العقد الصادر من المشروط عليه فيخرج ذلك عن محل الكلام لان البحث فى تعذر الشرط ببيع المشروط عليه من اشترط بيعه ح و الكلام فى تعذر الشرط٠

و هذا بخلاف ما اذا قلنا بصحة العقد من المشروط عليه لأنه ح يكون داخلا فى تعذر الشرط الذى هو محل الكلام فى الجهة الخامسة من عنوان كلام المصنف الاّ أنه اذا كان المشروط عليه متمكنا من العمل بالشرط بفسخ عقده لجوازه أو شرائه منه ثانيا وجب عليه و الزم عليه بمقتضى الاشتراط فيفسخ عقده أن تمكن أو يشتريه ممن باعه منه ثانيا و يصرفه فى محله ٠

و هذه الصورة لا بدّ من اخراجها عن محل الكلام و فرض البحث فيما

اذا لم يتمكن المشروط عليه من ارجاع العين الى ملكه و لو بالشراء حتى يتعذر عليه الشرط فاذا كان الأمر كذلك و قلنا بصحة بيعه فقد تعذر عليه الشرط و يثبت للمشروط له الخيار فهو ان امضى عقده أى عقد نفسه فهو، و لا كلام و أما اذا فسخ عقده فهل يرجع الى بدل عينه أو يرجع الى نفسها بفسخ العقد الواقع عليه من أصله، أو من حين الفسخ وجوه قد مناصحيحها و لا مزية له على ما تقدم الا أن العلامة (ره) ذكر فى هذه المسئة أنه اذا فسخ المشروط له يرجع الى نفس عينه بانفساخ العقد الواقع عليها من المشروط عليه الا اذا كان الواقع عليها هو العتق فانه ح يرجع الى قيمتها لا الى نفسها بفسخ العتق لأن العتق مبنى على الغالب و هذا الكلام من العلامة مما لم يفهم له معنى محصلا ابدا لأن معنى بناء العتق على الغالب هو أن العبد اذا عتق منه جزء يسرى الحريه الى جميع اجزائه و منه ضمان أحد الشريكين لحصة شركه فى العبد اذا عتق نصفه أى حصة نفسه و لكنه كما كان سببا لحرية نصفه الأخر أيضا يضمن لشريكه قيمة ذلك النصف وهذا المعنى غلبة الحرية و العتق لا أن معناه أنه اذا اعتق ملك الغير يكون هذا موجبا لحرية و المفروض أن فسخ المشروط له يكشف عن أن عتق المشروط عليه وقع فى غير ملكه فيبطل، فالصحيح ما ذكرناه من صحة العقد مطلق و للمشروط له الخيار و أنه اذا فسخ يرجع الى بدل العين مطلق لأن العقد الصادر من المشروط عليه صدر من أهله و وقع فى محله و لا وجه لبطلانه (بقى هناك مسئلة أن الخيار لا يسقط بالتصرف فى العين و نتعرض لها فى عنوان الاتى انشاء الله).

و من جملة ما تعرض له المصنف (ره) هو أن للمشروط له اسقاط شرطه قد استفدنا من القرائن الداخلية و الخارجية أن وجوب الوفاء بالشرط ليس من الاحكام المجعولة لله تعالى ابتداء فانه ليس من الاحكام الاولية و انما

هو من جهة حق المشروط له الثابت بالاشتراط نظير وجوب الاداء في الدين فانه من جهة ملاحظة حق الدائن لا أنه مجعول ابتدائي للشارع.

و قد عرفت أن الاشتراط يوجب ثبوت حق للمشروط له على المشروط عليه عند العقلاء أيضا و عليه فلا مانع من أن يرفع المشروط له يده عن حقه اذ به يرتفع وجوب الوفاء بالشرط و هذا أمر ظاهر الاّ أن ذلك وقع مورد الخلاف بين الأعلام في شرط العتق و قد ذهب جماعة الى عدم سقوطه بالاسقاط فاذا شرط العتق في معاملة ثم رفع المشروط له يده عن شرطه قالوا بأنه لا يوجب سقوطه، بل يجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط مع اسقاطه المشروط له أيضا و ذلك من جهة أن في شرط العتق ثلاثة حقوق حق للمشروط له و حق للّه تعالى، و حق للعبد و اذا رفع المشروط له يده عن حق نفسه فهو لا يستلزم سقوط الحقين الآخرين و من هنا قالوا ان اسقاط الشرط في العتق لا يوجب السقوط هذا و لا يخفى أن كون العتق حقا للّه و للعبد مما لا يرجع الى محصل كما ذكره المصنف، لأنه أريد من كونه حقا للّه تعالى أنه أمر محبوب قد ذهب اليه الشرع فهو و ان كان كذلك الاّ أنه لا يستلزم الحق و لا وجوب الوفاء عليه لأنه أمر استحبابي والاّ محبوبية العتق للّه لا يختص بصورة الاشتراط فقط، لأنه محبوب على كل حال و لازمه وجوب العتق ولو مع عدم الاشتراط و هو مقطوع العدم لأنه مستحب لا وجوب له فضلا عن أن يكون حقا و ان أريد من كونه حقا للّه أنه امر بالوفاء به على تقدير شرطه لأنه حق لشارطه و هو أيضا صحيح الاّ انه مشترك بين شرط العتق وغيره من الشروط فماذا وجه عدم سقوط شرط العتق دون غيره، و اما أنه حق للعبد ففيه أن اشتراط العتق لا يوجب حقا للعبد على المشروط عليه و ليس له المطالبة بذلك أبدا كما ذكرنا نظيره في النذر لأنه اذا نذر شيئا على الفقراء، أو غيرهم فليس للفقراء مطالبة الناذر بالوفاء بالنذر.

و أن أريد من ذلك أن العبد ينتفع بعتقه و اليه يرجع نفعه ،ففيه أن رجوع المنفعة اليه لا يوجب الاستحقاق اذ هو نظير ما اذا اشترط فى ضمن العقد أن يهب لثالث مالا أو يبيعه منه بالعتق من ثمنه فانهما يوجبان رجوع النفع الى الثالث الا أنه لا يوجب الاستحقاق و عليه فالصحيح أنه لا فرق بين شرط العتق و شرط غيره فى سقوطه بالاسقاط.

ثم ان اسقاط الشرط و الحق تارة يكون باللفظ و أخرى يكون بالفعل و هذا الأمر و ان تعرض له المصنف (ره) فى الامر المتقدم الاّ أن المناسب له ذكره فى هذا الأمر فاذا تصرف المشروط له أو عمل عملا علمنا به انه يسقط بذلك حقه فلا كلام فى سقوطه به و اما اذا لم يدل عمله على اسقاطه فلا دليل على أن مجرّد التصرف أو العمل يوجب السقوط، اللهم الاّ فيما دل الدليل على كونه موجبا للسقوط كما دل على أن التقبيل و المس و نحوهما يسقطان الخيار فى خيار الحيوان الاّ أن التعدى من مورد النص الى غيره غير ممكن فيما لم يقم دليل على أنه يوجب السقوط لا دليل على سقوط الخيار به كما قدمنا تفصيل ذلك فى الابحاث المتقدمة فليراجع.

و من جملة الشروط التى ذكرها المصنف فى حكم الشروط الصحيحة أخيرا هو أن الشرط ربما لا يكون من قبيل الكم كما فى شرط الخياطة ، و الكتابة ،و غيرهما ، من الاوصاف و الافعال و أخرى يكون الشرط من قبيل الكم متصلا أو منفصلا و الأول كما اذا باع الثوب على أن عشرة أذرع و الارض بانها متر و الثانى كما اذا باع ما فى الكيس من الجوز على أنه مائة عدد و لا اشكال فى أن تخلف الشرط فى القسم الاول لا يوجب الا الخيار وله ما الامضاء مع المطالبة بالأرش بما يخصه من الشرط لأن الثمن انما يقع فى مقابل ذات المبيع و لا يقع فى مقابل الشرط أبدا و لو كان الشرط فى نفسه أمرا معولا كما فى الخياطة على ما تقدم و أما اذا تخلف الشرط فى

القسم الثاني فايضا لا خلاف بينهم في ثبوت الخيار بذلك للمشروط له الاّ أنه وقع الخلاف بينهم في أنه يتمكن من أخذ الأرش و ما يخص الشرط من الثمن أو الامضاء أو أنه كالقسم الأول لا يوجب الا الفسخ أو الامضاء مجانا و لا يتمكن من أخذ الأرش بوجه و ربما قيل بجواز أخذ الارش في هذا القسم مطلقا و قيل بعدمه مطلقا و ثالث فصل بين متقارب الاجزاء، (وموافق الاجزاء) و مختلفها بالالتزام بالأرش في الثاني دون الاول وهذا من غير فرق بين صورتي التخلف بالنقصان و التخلف بالزيادة والذي ينبغي أن يقال في المقام هو أن البيع الشرط يتصور بحسب مقام الثبوت على اقسام و صور :ـ

الصورة الاولى : أن يكون أصل البيع و المعاملة معلقا على ذلك الكم كما ربما يعلق على كيف أو غيره من الاوصاف والأمور كما اذا صرّح بان بيعي لهذا الثوب مشروط بان يكون عشرة أذرع بحيث لو كان انقص لا يشتريه المشتري و لا يبيعه البايع او صرح بان بيعي لما في الكيس من الجوز، معلق على ان مائة عدد و لا ابيعه اذا كان انقص كما يشتريه المشتري اذا كان كك وفي هذه الصورة العقد باطل من رأسه لأنه من التعليق المبطل و مع البطلان لا يبقى للنزاع في أن له الامضاء مجانا أو له أن يطالب بالأرش مجال اذا البيع باطل، و ليس له الامضاء و لا الفسخ و لا المطالبة بشيء لعدم الموضوع و المعاملة و هذا ظاهر.

الصورة الثانية أن يكون أصل البيع منجزا على كل تقدير ولا يكون معلقا على ذلك الكم المشترط كما اذا اشترى الثوب على كل تقدير الاّ أنه اشترط على البايع أن يكون ثمنه عشرة دراهم اذا كان الثوب عشرة اذرع وتسعة اذا كان تسعة فاصل المعاملة غير معلقة الاّ أن كون الثمن عشرة دراهم معلق على كون الثوب عشرة اذرع و كأنه اشترى الثوب الخارجي كل ذرع بدرهم من

دون أن يعلم أنه عشرة اذ رع أو أقل أو اكثر و قد تقدم فى بيع صاع من الصبرة أن هذه المعاملة صحيحة و لا غرر فيها بوجه لأن الثمن بمقدار المثمن ان كان زائدا فزائدا و ان كان ناقصا فناقصا و لا خطر فى هذه المعاملة أصلا و العلم بما فى الصبرة أو بذرع الثوب قبل قبضه وتسلميه غير معتبر لانه يظهر عند تسليمه بلا خطر على أحدهما فالمعاملة صحيحة فى هذه الصورة ويثبت للمشروط له الخيار على تقدير عدم كون الثوب عشرة اذرع مع كون الثمن بمقدار المثمن كل ذرع بدرهم ·

و بالجملة أنه اشترط فى هذه الصورة أمران :ـ

أحدهما : أن يكون له الخيار على تقدير عدم تحقق الكم المشروط·

و ثانيهما : أن يكون كل ذرع بدرهم أى كون الثمن بمقدار المثمن

فاذا ظهر المبيع ناقصا عن الكم المشروط فى هذه الصورة فيثبت للمشروط له الخيار أن الثمن ينقص بمقدار نقص المبيع لأنه لو كان عشرة اذرع كان ثمنه عشرة دراهم و حيث انه تسعة اذرع فقيمته تسعة دراهم حسب الاشتراط و لكن لا يبقى فى هذه الصورة مجال لامضاء العقد بتمام الثمن أى بلا أخذ الأرش كما هو أحد اطراف الاحتمال فى المقام فانه صرّح بانه لو لم يكن عشرة أذرع فليس ثمنه عشرة دراهم ، بل ثمنه تسعة بمقدار المبيع فالامضاء بتمام الثمن عند ظهور النقص فى المبيع لا يجرى فى هذه الصورة ·

الصورة الثالثة : ما اذا كان كل من المبيع والثمن غير معلقين وكلاهما منجزان على كل تقدير كما اذا اشترى الثوب بعشرة دراهم على كل حال ظهر ناقصا أو غير ناقص فهذا الموجود اشتراء بهذا الثمن المعين و ان لا يدرى أن المثمن عشرة أو أقل الاّ أنه اشترط على البايع الخيار لنفسه على تقدير ظهور النقص فى المبيع و عدم كونه عشرة اذرع و المعاملة فى هذه الصورة صحيحة أيضا و العلم بمقدار المبيع مما لا دليل على اعتباره فى غير

المكيل و الموزون الاّ من جهة استلزم الجهل بمقدار الغرر الاأنه للنص كما مرّ فى محله تفصيل ذلك فراجع.

و فى هذه الصورة يثبت للمشروط له الخيار عند ظهور النقص فى المبيع و له أن يمض العقد بتمام الثمن أيضا الاّ أنه لا يتمكن فى هذه الصورة من امضائه مع المطالبة بالأرش و قيمة الناقص لأنه بلا موجب اذ المفروض أن المعاملة وقعت على هذا الموجود بهذا الثمن الموجود لا بأقل منه فاحتمال امضائه مع الأرش الذى هو أحد الاحتمالات فى المسئلة غيرجارى فى المقام فلا يجتمع أطراف الاحتمالات المذكورة فى صورة واحدة.

و منه يظهر أن موردى النص والاثبات فى كلمات الأصحاب متعدد و معه يكون النزاع لفظيّا لأن من يقول بجواز الامضاء مع المطالبة بالأرش نظره الى الصورة الثانية كما أن من انكر الامضاء مع الأرش و لم يجوز أخذ الأرش فنظره الى الصورة الثالثة و هما مختلفان فالنزاع لفظي هذا كله بحسب مقام الثبوت.

و أما فى مقام الاثبات فيما اذا قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم على أنه عشرة اذرع فان ارجعنا قوله على يعنى الشرط و التعليق الى أمرين أحدهما التزامه بالمعاملة الذى معناه الخيار و ثانيهما ان هذه العشرة فيما اذا الثوب عشرة اذرع أى ارجعناه الى المثمن يكون من التعليق فى الثمن و كأنه اشترى كل ذرع بدرهم فيثبت بذلك ما ذكره المصنف من أن له الامضاء مع المطالبة بالأرش و قيمة النقص.

و بعبارة أخرى تكون المعاملة ح من قبيل الصورة الثانية التى يكون التعليق تعليقا لامرين أحدهما الخيار و الالتزام بالمعاملة، وثانيهما كون الثمن عشرة دراهم بمعنى أن كون الثمن عشرة دراهم معلق على كون المبيع عشرة اذرع، فان لم يكن كذلك فالثمن أيضا لا يكون عشرة دراهم، بل بالنسبة و

ولا يبقى لما ذكره جامع المقاصد من الامضاء بلا مطالبة الأرش مجال لأنه من التعليق فى الثمن كما مر٠

وأما اذا ارجعناه أى قوله على الى خصوص الالتزام بالمعاملة فقط لا اليه و الى كون الثمن عشرة دراهم الراجعه الى الصورة الثالثة فيثبت به ما ذكره جامع المقاصد من أنه يثبت له الخيار و له الفسخ والامضاء من دون مطالبة الأرش ، لأنه باع الثوب بعشرة دراهم بلا تعليق و لكن الظاهر المطابق للمستفاد العرفى من مثل التعليق المذكور هو ما ذكره المحقق الثانى من أنه يرجع الى الالتزام بالمعاملة فقط، و بعدمه يثبت له الخيار ولذا قال بان الاشارة مقدمة على العنوان بمعنى أنه اشار الى الموجود الخارجى و قال بعتك بكذا فالموجود مبيع فى مقابل الثمن كائنا ما كان لا أنه يرجع الى أمرين أحدهما الالتزام و ثانيهما كون الثمن كذا مقدار بمعنى التعليق فى الثمن لأنه و ان كان أمرا ممكنا كما ذكرناه الا أنه محتاج الى التصريح به فى مقام الاثبات و مجرّد الظهور اللفظى و التعليق لا يكفى فيه لأن ظاهره أنه تعليق للالتزام بالمعاملة ، بل ربما يصرّح به البايع أو المشترى ولا يرون الشرط الاّ تعليقا من الالتزام بالمعاملة لا أنه تعليق فيه و فى الثمن كما هو ظاهر بحسب الفهم العرفى فما افاده المصنف لا يمكن المساعدة عليه هذا كله فى طرف ظهور النقص ٠

و كذا الحال فما اذا ظهرت الزيادة لأن البايع تارة يعلق أصل بيعه بأن لا يكون زائدا على عشرة أمتار فى بيع الارض مثلا و قد عرفت أنه باطل و لا يجرى فيه هذا النزاع أى الامضاء مجانا أو مع مطالبة الأرش و اخرى يعلق التزامه بالمعاملة على كونه عشرة اذرع كما يعلق كون ثمنها عشرة دراهم على كون الأرض عشرة أذرع و كأنه يشترط بيع كل ذرع منها بدرهم وعند التخلف يثبت له الخيار والزيادة باقية فى ملكه كما أن له أن يفسخ المعاملة

في عشرة اذرع المبيعة أيضا لأنه له الخيار (لأن الغرض التخلف بالزيادة)

و ثالثة يبيع هذه الأرض بهذا الثمن منجزا و لكنه يجعل لنفسه الخيار فقط من دون أن يكون الزيادة له لأن الفرض أنه باع الأرض بأجمعها بعشرة دراهم هذا بحسب مقام الثبوت.

و أما في مقام الاثبات فان ارجعنا التعليق الى أمرين احدهما الالتزام بالمعاملة و ثانيهما كون ثمنه عشرة دراهم أي كل ذرع بدرهم بالمعنى المتقدم أعني كون ثمنه عشرة دراهم معلق على كون الارض عشرة اذرع فان زاد يزيد وان نقص ينقص الذي هو الصورة الثانية فيثبت له الخيار مع مطالبة بالزائد كما ذكره المصنف وان ارجعناه الى خصوص التعليق في الالتزام الذي هو الصورة الثالثة فيثبت له الخيار فقط دون استحقاق الزيادة كما ذكرجامع المقاصد، و قد عرفت أن الظهور اللفظي على طبق ما ذكره جامع المقاصد وعليه فالظاهر أن تخلف الشرط في الكم في جميع صور الاربعة اعني متوافق الاجزاء كما في الثوب و مختلف الاجزاء كما في الارض لجودة بعضها و رداءة بعضها الآخر أو الدار لاختلاف اجزائها كان التخلف بالنقص أم كان بالزيادة لا يوجب الا الخيار ولا يجوز مطالبة الارش معه. لأن التعليق بحسب المتفاهم العرفي يرجع الى الالتزام بالمعاملة و نتيجته الخيار و لا يرونه راجعا الى كون المثمن عشرة اذرع الذي نتيجته تعليق الثمن و كون الثمن بقدر المثمن.

و أما ما افاده المصنف في الجواب عن ذلك بانا لا ننكر أن البيع على أنه عشرة اذرع بيع مع الاشتراط الا انا ننكر أن يكون كل شرط غير مقابل بالمال و لا يتقسط اليه الثمن فهو لا يرجع الى محصل لأن فرض كون التعليق المذكور شرطا فرض عدم وقوع المال في مقابله و الشرط مع كونه مقابلا بالمال مما لا يجتمعان فالحق ما افاده جامع المقاصد كما تقدم.

القول فى حكم الشرط الفاسد

و الكلام فيه يقع فى جهات كما ذكره المصنف :ـ

الجهة الأولى : لا اشكال فى أن الشرط الفاسد لا يجب الوفاء به ولا الزام بفعله شرعا ، لأنه معنى الفساد فى مقابل الصحة و الالزام به ،فمعنى أنه فاسد أنه لا الزام بفعله ،و لا يجب على المكلف أن يفى به ، فالشرط الفاسد بما أنه شرط لا حكم له ، نعم اذا كان الشرط الفاسد فى نفسه مشروعا لا مانع من أن يأتى به المشروط عليه لأنه وعده و هذا ظاهر و ينبغى أن يكون محل الكلام هو الشرط الفاسد الذى لم يدل دليل على صحته مع فساد شرطه ٠

و انما الكلام فى أن الشرط الفاسد اذا لم يقم دليل على فساد العقد معه أو صحته معه ،و عليه فمثل بيع الخشب مشروطا بأن يجعله المشترى صنما خارج عن محل الكلام لأن فساد العقد فى مثله لأجل النصوص ،بل بطلان البيع المذكور غير مستند الى الاشتراط لأنه باطل حتى فى صورة عدم اشتراطه فيما اذا علم البايع انه يجعله صنما كما تقدم ذلك فى محله و ذكر هناك المصنف أن النص هو الفارق بين بيع الخشب ممن يعلم أنه يجعله صنما و بيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمرا حيث ان الاول باطل والثانى صحيح و لا فرق بينهما الاّ ورود النص فى الاول على البطلان دون الثانى،كما هو ظاهر ،و كذا البيع مشروطا ببيعه من البايع ثانيا فانه و ان كان باطلا الاّ أنه من جهة دلالة الاخبار على بطلانه و هى الاخبار المعنونة بأخبار العينة و الاّ فالشرط اعنى البيع ثانيا صحيح فى نفسه ٠

و من هنا لو اشترط بيعه من شخص آخر يصح بلا كلام ، لأنه من قبيل

شرط فعل سائغ في نفسه و انما دلت الأخبار على بطلان العقد عند مقارنته بالشرط المذكور لا أن الشرط فسد و أوجب فساد المشروط و لعله ظاهر فهذا الموارد خارجة عن محل الكلام كما أن الشرط الفاسد اذا أوجب فقد شرط من شروط البيع تكوينا و يكون خارجا عن محل الكلام كما اذا اشترى شيئا و اشترط عليه عمارة داره و لا ندرى أن داره وسيعة أو ساحتها ضيقة و هو يوجب اختلاف القيمة لا محاله و لكون المعاملة غررية بالوجدان لأنه أمر خطرى لعدم علمه بمقدار ما التزمه من مخارجات العمارة فيكون البيع فاسدا في نفسه لفقد شرط من شروطه و هو عدم كونه غررية و البطلان في هذه الصورة مستند الى فقد شروط صحة البيع في نفسه و هذا أيضا خارج عن محل الكلام (و كما اذا باع و اشترط أن يكون ما في كيس المشترى من المال له مع عدم علمه بمقدار ما في الكيس) و من هذا القبيل ما اذا اشترطه الخيار في عقد النكاح فان الفقهاء قد ذهبوا الى أنه يوجب فساد النكاح و لم يتبينوا وجه بطلانه أي بطلان النكاح .

و قد ذكرنا الوجه في ذلك سابقا و اشرنا اليه في حواشينا على كتاب العروة و ملخصه أن الأدلة دلت على أن النكاح لا يخلو من أحد القسمين لأنه اما دائمى أو موقت بوقت مضبوط، ويعبّر عنه بالانقطاع و التمتع كتوقية بشهر أو شهرين و نحوهما ،و قد عرفت أن معنى جعل الخيار في معاملة تحديد ذلك المنشأ بالفسخ لأن الاهمال في الواقع غير معقول فالمنشأ للمتعاقدين اما هو الملكية أو الزوجية على نحو الاطلاق و أما هو الملكية أو الزوجية المقيدة بوقت أو شيء ،و معنى جعل الخيار أن المنشأ ليس هو الملكيه المطلقة، بل الملكية الموقة بزمان الفسخ أو الزوجية الموقتة بزمان فسخها .

و حيث أن أصل الفسخ و زمانه غير معينين، فيكون جعل الخيار في

عقد النكاح انشاء الزوجية الانقطاعية المقيدة بوقت غير معلوم ، وقد عرفت أن النكاح لا يخلو عن أحد القسمين ، فانه اما استمراری و دائمی ، و اما موقت بوقت مضبوط ، و لا ثالث لهما ، فالموقت بوقت غير معلوم باطل ، فالشرط فی هذه الصورة قد أوجب فقد شرط من شروط صحة النكاح أعنی التوقيت بوقت مضبوط و هذا أيضا خارج عن محل الكلام ٠

فالبحث متمحض فی الشرط الفاسد الذی لا يدل دليل علی بطلان العقد معه و لا يوجب فقد شرط من شروط صحة العقد تكوينا فالكلام يقع فی أنه هل يوجب سراية الفساد الی المشروط أولا و هذا كما اذا اشترط فی ضمن عقد أن يشرب الخمر أو يكذب أو يترك واجبا فهل فساد الشرط فی المثالين يوجب فساد العقد أولا ٠

الصحيح أن الشرط الفاسد لا يوجب فساد المشروط أبدا وفاقا لمحققين من المتأخرين كالعلامة و الشهيدين و المحقق الثانی خلافا لبعض المتقدمين كالشيخ و من تبعه ٠

و الوجه فی ذلك أن الشرط غير راجع الی تعليق أصل المعاملة بوجوده و الا لكانت المعاملة باطلة فی نفسها كان شرطها فاسدا أم لم يكن ، لأن التعليق فی العقد يوجب البطلان ٠

بل ، الشرط الذی بمعنی الربط يربط شيئين آخرين فی كل معاملة فانه يستلزم تعليق أصل المعاملة بالتزام الطرف بالشرط (فی شرط الافعال الاختيارية و منه يظهر حال شرط النتيجة أيضا) بحيث لو لا التزامه به فعلا فلا بيع بينهما أصلا و مثل هذا التعليق لا يوجب البطلان لأنه تعليق بأمر حاصل بالفعل و هما يعلمان بوجوده فالمعاملة تتحقق بتحقق التزام المشروط عليه بالشرط كما يستلزم تعليق التزام البايع مثلا ببيعه علی ايجاد المشروط عليه الشرط خارجا ٠

بل، ربما يصرح بأنك ان لم تأت بكذا فلا التزام بالمعاملة و هذا التعليق يوجب الخيار على تقدير عدم ايجاد المشروط عليه ما وجب في حقه وعليه فاذا باعه شيئا بشرط أن يرتكب محرما أو يرتكب ترك واجبا فقد علق أصل بيعه على التزام المشروط عليه بذلك المحرم كما علق التزامه به بايجاد ذلك المحرم في الخارج، فاذا التزم المشروط عليه بذلك المحرم عصيان أو غفلة عن أنه حرام أو جهلا بالموضوع كما اشترط عليه شرب مايع مخصوص، و التزم بشربه ثم ظهر أنه خمر فلا محال تكون المعاملة صحيحة بحصول ما علقة عليه و هو التزام الطرف بالحرام (بمعنى أن تعليق الخيار بالالتزام بالحرام كترك الصلاة و نحوه لا يوجب الحرمة و لا البطلان) و شرط الالتزام بالحرام في المعاملة ليس شرطا مخالفا للكتاب و لا للسنة فلا حرمة فيه، و هو شرط سائغ و حيث انه حاصل بالفعل فالمعاملة متحققة و يشملها العمومات فلا يكون فساد الشرط المذكور شرعا موجبا لبطلان المعاملة لأنها لم يعلق على وجود الشرط في الخارج حتى ينتفي بانتفائه، و انما علقت على التزام المشروط عليه بالشرط و المفروض أن الالتزام به حاصل فالمعاملة متحققة و لا وجه لبطلانها، و الى هنا تحصل أن المقتضي لصحة المعاملة موجود، فلابد من ملاحظة أنه هل هناك مانع عن صحتها أو لا مانع عنها أيضا (تتميم) قد عرفت أن الشرط اذا اوجب فقد شرط من شروط العقد تكوينا فلا محالة يوجب فساد العقد الا أنه خارج عن محل الكلام كما عرفت أمثلته ومن ذلك ما اذا اشترط أمرا مخالفا لمقتضى العقد كما اذا اشترط عدم التملك في البيع فان هذا الشرط يوجب عدم قصده البيع لا محالة و البيع لا مع القصد باطل لانتفاء شرطه، و هو العقد و القصد معا و هذا أيضا خارج عن محل الكلام.

و ذكر شيخنا الاستاذ أنه اذا باع شيئا واشترط عليه أن يصرفه في أمر

حرام کما اذا باعه العنب و اشترط علیه أن یصرفه فی الخمر یکون ذلك الشرط موجبا لفقد شرط صحة البیع و به یخرج عن محل الکلام ·

و الوجه فی ذلك أن المبیع مما لا منفعة محللة مقصودة فیفسد بیعه لأن الانتفاع منه یجعله خمرا قد حرمه الشارع و الغاه و الانتفاع به فی غیره من الأمور المحللة مما اشترط البایع عدمه علی المشتری و علیه فلا منفعة مقصودة للمال فیفسد بیعه و نظیره ما اذا باعه شیئا و اشترط علیه أن یقامر به و تقریبه ظاهر هذا و لکن الأمر لیس کك لأن الاشتراط المذکور ان کان یمضی شرعا کما اذا أمضاه الشارع و انفذه فهو یدل علی جواز صرفه فی المورد المذکور لأنه مما أمضاه الشارع أی الزمه علی أن یصرفه فیه و هو من المنافع المقصودة المحللة بالامضاء و أن لم یعلق علیه الامضاء شرعا فهو ساقط ولا اعتبار به بمعنی أن المشتری أراد أن یصرفه فی غیر مورد الاشتراط لأن شرط عدم صرفه فی غیر مورد الشرط وقع فاسدا و علی کل حال لایستلزم هذا الشرط فقد شرط من شروط صحة البیع فهذا الاشتراط داخل فی محل الکلام نظیر غیره من الشروط الفاسدة ·

نعم ، کبری المسئلة کما عرفتها تامة لأن کل شرط استلزم فقد شرط من شروط صحة البیع فهو مفسد للعقد و یخرج عن محل الکلام و أن کان تطبیقها علی المثال المذکور غیر تام فالبحث متمحض فی الشرط الفاسد فی نفسه من دون أن یستلزم فقد شرط فی أصل المعاملة کما عرفت فلنرجع الی ما کنا بصدده ·

والوجوه التی استدل بها علی فساد العقد بفساد شرطه ثلاثة الاول أن للشرط قسطا من الثمن لا محالة فاذا صح الاشتراط فلا اشکال لوقوع مجموع الثمن فی مقابل مجموع المثمن و هما معلومان و أما اذا فسد الشرط و لم یمض شرعا فقهرا لا ینتقل الی البایع مثلا ما یقع فی مقابل الشرط لا

محالة و حيث أن ما يقابله مجهول فيستلزم ذلك الجهل بالثمن الواقع فى مقابل ذات المبيع فيبطل المعاملة و الجواب عن ذلك مضافا الى النقض بالشرط الفاسد فى النكاح كما نقضه الشيخ (ره) أن الثمن لا يقع فى مقابل الشرط أبدا صحيحا كان الشرط أم فاسدا و انما يقع المال فى مقابل ذات المبيع.

نعم، الشروط مما يوجب زيادة القيمة لا أنها يقع فى مقابل المال ومن هنا قلنا ان الشرط اذا تعذر ثبت للمشروط له الخيار فقط و ليس له مطالبة المشروط عليه ما يقابل الشرط من الثمن و ليس هذا الاّ من جهة أن الشرط قيد خارجى يوجب زيادة القيمة و لا يقع بازائه شيء من المال، هذا أولا.

و ثانيا: أن ما يقابل الشرط من الثمن فيما اذا قلنا بمقابلته للمال ليس أمرا مجهولا، بل حاله حال الوصف فى أن الموصوف بالوصف قيمة و لفاقده قيمة أخرى، و كذا شراء الثوب بشرط الخياطة له قيمة وشرائه بدونها له قيمة أخرى معلومة عند الناس و لا جهالة فيما يخصه من الثمن، و هذا ظاهر.

و ثالثا: بعد الغض عما تقدم أن المعتبر من العلم بمقدار الثمن و المثمن هو العلم بمقدار مجموعها و لا يعتبر العلم بقيمة كل جزء جزء من المبيع، بل العلم بقيمة مجموع المال كاف فى صحته و ليكن حال الشرط كالجزء فكما اذا باع مال نفسه و مال غيره بثمن واحد صفقة واحدة ثم ظهر أن نصفه للغير لا يكون المعاملة الواقع على مال نفسه باطلة مع عدم العلم بما يقع فى مقابله من الثمن فكذلك المقام او اذا باع خمرا و خلا بعقيمة أو شاة و خنزيرا يقع المعاملة فى الخل و الشاة صحيحة بما يخصهما من الثمن مع عدم معرفتهما لما يخصهما من المال فكذا نقول فيما نحن فيه ان العلم بقيمة

مجموع المبيع و الشرط يكفى فى صحة المعاملة و لا يشترط فى صحتها معرفة ما يخصّ المبيع من الثمن فهذا الوجه الثانى الذى هو المهم فى المقام هو أن التراضى المعتبر فى المعاملات معلق على المعاملة مع الاشتراط و لا يرض البايع بالمعاملة المجرّدة عن الشرط فان المقيد ينتفى بانتفاء قيدة فيكون العقد الواقع على ذات المبيع من التجارة لا عن تراض و هو باطل لقوله عزّ من قائل : (لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الاّ أن تكون تجارة عن تراض) .

و الجواب عن ذلك يظهر مما اشرنا اليه سابقا .

و حاصله أن الرضى المعاملى عند الانشاء لم يعلق على وجود الشرط فى الخارج و الاّ لكانت المعاملة باطلة لأنه من التعليق المبطل ولو فرضنا صحة التعليق أيضا تكون المعاملة باطلة فيما نحن فيه لعدم حصول ماعلق عليه على الفرض و المعلق ينتفى عند عدم المعلق عليه لا محالة وهذا من غير فرق بين الشروط الصحيحة و الفاسدة و لازمه بطلان العقود والايقاعات عند الاشتراط مطلقا لأنه تعليق أو عند عدم حصول المعلق عليه اذا قلنا بصحة التعليق مثلا .

و حيث ان العقود والايقاعات لا تبطل عند اشتراط شيء فى ضمنهما أو عند عدم حصول شرطها فنستكشف من ذلك أن الرض المعاملى لم يعلق على وجود الشرط فى الخارج والالتزام بايجاده لماكان حاصلا عند المعاملة و هما يعلمان بوجودة فلا يكون التعليق على مثله مبطلاّ و من الظاهر أن الالتزام بايجاد الشرط فى المقام حاصل لأنه التزم به على الفرض و تكون المعاملة تامة و متحققة و كون ذلك أمرا محرما لم يمضه الشارع مطلب آخر غير مربوط بحصول المعلق عليه للمعاملة كما هو ظاهر .

نعم ، ربما يكون البايع بحيث لو كان عالما بحرمة ذلك الشرط أو كان

عالما بعدم امضاء الشارع له لما أقدم على المعاملة و انما اقدم عليها باحتمال أن الشارع يمض الشرط المحرم فى المعاملة تقصيرا أو قصورا ·

الاّ أن ذلك من باب تخلف الدواعى وهو لا يستلزم البطلان والاّ لزم بطلان المعاملة فما اذا كان البايع بحيث لو علم بترقى قيمة المبيع لم يبيعه أو علم بان المشترى لا يعمل بشرطه أو لا يدفع اليه ثمنه لم يقدم على المعاملة مع أن المعاملة فى الامثلة صحيحة غاية الأمر ثبوت الخيار له فى بعض الفروض كعدم دفعه الثمن أو عدم وفائه بالشرط و هكذا ·

و الوجه فى ذلك أن تخلف الدواعى لا ربط له بالرضا المعاملى ابدا فالرضى موجود لتحقق ما علق عليه و هو الالتزام و يشمله عموم أحل اللّه البيع وغيره من العمومات و معه لا وجه للبطلان ·

و مما ذكرنا يظهر الفرق بين الصور النوعية العرفية وبين شرط الفعل أو الوصف أو غيرهما مما لا يرجع الى المثمن أو الثمن لأن اختلاف الصورة النوعية العرفية و تخلفها يوجب بطلان المعاملة و التعليق على مثلها صحيح لأنه تعليق على الموضوع فاذا باعه عبدا فظهر جارية فالمعاملة باطلة عند العرف لأن معنى بعتك هذا العبد أى بعتك هذا الموجود على أنه عبد مشروطا بأنه كك فاذا ظهر جارية فالمعلق عليه لم يتحقق فى المعاملة فهى باطلة اذا العرف يرى كلا من الجارية و العبد فردتين متباتين و احدهما غير الاخر ·

نعم ، هما بحسب النظر الفلسفى واحد حقيقة و اختلافهما اختلاف وصف عرضى غير ذاتى الاّ أن المدار فى الصحة و البطلان هو تخلف الصور النوعية العرفية دون الفلسفية و هذا بخلاف اشتراط غير الصور التوعية لأن تخلفه لا يوجب البطلان و المعاملة لا تتعلق عليه و الاّ بطلت من رأسها كما هو ظاهر ·

الوجه الثالث: الاخبار المسماة بأخبار العينة و قد تقدم الجواب عنها آنفا و سابقا و حاصل الجواب أن مورد دلالةالدليلعلىفساد المعاملة عند فساد شرطها خارج عن محل الكلام لأن الشرط فيها غير فاسدفىنفسه اذ البيع من البايع ليس أمرا مخالفا للكتاب و السنة ·

فلو سلمنا دخوله فی محل الكلام فهو نص ورد فی خصوصالبیع النسیة مشروطا ببیع المشتری له ثانیا نقدا فنلتزم ببطلان هذاالشرط و افساده العقد فی مورده اعنی خصوص بیع النسیة فمن أحد شرائط صحتها ان لا یشترط فیها بیعه من البایع ثانیا و لو مع کون هذا الشرط فی نفسه صحیحا فهو باطل للنصّ أو لانه دوری علی ما ذکره العلامة (ره) فهذا الروايات خارجة عن محل الكلام ·

و أما رواية عبد الملك الواردة فی حکم من یشتری شیئا و یشترط على البايع أن تكون خسارة المشتری على بايع المال فقال عليه السلام لا ينبغی فهی أيضا لا تدل على فساد العقد عند فساد شرطه لأن قوله عليه السلام لا ينبغی لم يعلم أنه راجع الى أصل هذه المعاملة والبيع أى البيع المذكور مما لا ينبغی أو أن هذا الاشتراط لا ينبغی ·

ففی الثانی يخرج عن محل الكلام لأنه نهی ورد على الشرط ابتداء و ساكتة عن بطلان البيع وهو ظاهر ·

وعلى الأول يكون دالة على بطلان العقد بفساد شرطه ، بلعلىهذا أيضا يخرج عن محل الكلام لأن البحث فی الشرط الفاسد الذی لم يدل دليل على فساد العقد به ، وعلى الاول يكون دالة و لكن الرواية لادلالة لها على احدهما فهی مجملة لا دلالة فيها على المطلب ، هذا أولا ·

و ثانيا : ان قوله عليه السلام لا ينبغی ، لا يفيد الفساد وانما يفيد الكراهة و لا ربط لها بالفساد فنذهب ان المعاملةمع الشرط المذكورمكروهة

و كلامنا في الصحة و الفساد ٠

و ثالثا : نذهب ان قوله عليه السلام لا ينبغي ، نص في الفساد ، و التحريم الاّ أنه لا يقتضي الحكم بفساد العقد عند فساد شرطه مطلقا لأنه نص ورد في مورد خاص و هو البيع بشرط كون خسارة المشتري على البايع و لا نتعدى عنه الى غيره ٠

و رابعا : أن دلالة الرواية على فساد العقد بفساد شرطه مطلقا أو في موردها متوقف على أن يكون المراد من كون خسارة المشتري على البايع ضمان البايع لما يخسره المشتري في بيعه المبيع فانه أمر على خلاف الكتاب و السنة اذ لا وجه فخسارة احد و كون الآخر ضامنا على خسارته شرعا ٠

و أما اذا كان المراد من الاشتراط المذكور شرط جبران خسارة المشتري بمال البايع بأن يكون الشرط شرط و هو أن يعطيه البايع مقدارا من ماله للمشتري اذا خسر ، فالرواية تكون خارجة عما نحن فيه لأن الشرط المذكورح شرط سائغ مباح لا فساد فيه أبدا حتى يستلزم فساد العقد ايضا كما ذكرناه سابقا فتكون الرواية أجنبية عن المقام و معتبرة في خصوص موردها ٠

و الى هنا تحصل أن العقد لا يفسد عند فساد شرطه ولا وجه لفساد العقد ابدا مع اقتضاء العمومات صحته لأنه بيع و عقد و هو صحيح على طبق القاعدة و تعضد القاعدة جملة من الاخبار في صحة العقد عند فساد شرطه

فمنها ما عن المشا شيخ الثلاثة في الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه ذكر أن بريدة كانت عند زوج لها و هي مملوكة فاشتراها عائشه فاعتقها فخيرها رسول الله (ص) فقال أن شائت قعدت عند زوجها و ان شائت فارقته و كان مواليها الذين باعوها اشترطوا على عائشة أن لهم ولائها فقال (ص) الولاء لمن اعتق حيث منع (ص) من الشرط لفساده و لم

یمنع عن أصل البیع المشروط به ·

و منها مرسلة جمیل و صحیحة الحلبی الاولی عن أحدهما (ع) فی الرجل یشتری الجاریة و یشترط لأهلها أن لا یبیع و لا یهب ولا یورث قال قض بذلك اذا اشترط لهم الاّ المواریث·

و هذیه الروایة أیضا دلّت علی منعه علیه السلام عن شرط عدم الارث مع تصحیحة العقد و سائر الشروط و غیرها من الأخبار ·

و هذه الأخبار أیضا یقتضی صحة العقد عند فساد شرطه و قد عرفت أن الصحة هی المطابقة للقاعدة بحیث لم تکن تحتاج معها الی الأخبار ·

ولو لا هذه الأخبار أیضا کنا تحکم بصحة العقد وعدم سرایة الفساد من الشرط الیه هنا ·

ثم انه ربما یستدل علی ما ذکرناه من عدم سرایة الفساد من الشرط الفاسد الی العقد بان فساد العقد من جهة فساد شرطه أمر مستحیل فی مقام الثبوت·

و الوجه فیه أن صحة الشرط بمعنی وجوب علیه متوقف علی صحة العقد اذ وجوب الوفاء بالشرط مانع لوجوب الوفاء بالعقد بمعنی أنه انما یکون واجب الوفاء فیما اذا وقع فی ضمن عقد صحیح و هذا التوقف ظاهر و لذا قلنا ان الشرط الغیر المذکور فی ضمن العقد شرط ابتدائی لا یجب الوفاء علیه و علی ذلك اذا کان صحة العقد أیضا متوقفة علی صحة الشرط کما هو معنی کون العقد فاسدا بفساد شرطه لدار و هذا ظاهر·

و ذکر المصنف أن فی هذا الاستدلال ما لا یخفی و هو کما افاده فان وجوب الوفاء بالشرط و ان کان متوقفا علی صحة العقد کما عرفت الا أن صحة العقد لا تتوقف علی وجوب الوفاء بالشرط، بل یتوقف علی ملزوم وجوب الوفاء بالشرط و ملزومه أن لا یکون فاسدا أی أن لا یکون منافیا لمقتضی العقد ولا

يكون مخالفا للكتاب و السنة و هكذا فيما تتوقف صحة العقد على أمر عدمى و هو غير ما يتوقف صحة العقد فلا دور·

و لأجل فساد هذا الاستدلال لم يتعرض المصنف للجواب عنه هذا تمام الكلام فى بيان صحة العقد عند فساد شرطه بقى الكلام فى أنه هل يثبت للمشروط له الخيار ، ح أو لا خيار له ذكر المصنف احتمالين فى المقام·

ثم انه ربما يستدل على الصحة بأن صحة الشرط فرع على صحة البيع فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفا على صحة الشرط لزم الدور وأجاب المصنف عن ذلك بأن فيه ما لا يخفى و الانصاف ان المسئلة فى غاية الاشكال و لم يبين وجهه لوضوعه و هو أنه لا تتوقف صحة كل من الشرط والعقد على صحة الاخر·

أما الاول فلأن صحة الشرط وكونه لازم الوفاء فرع وجود الدليل عليه من وجوب الوفاء بالشرط أو غيره و لا شبهة أن هذا المعنى لا يتوقف على صحة العقد المتوقف على شمول دليل صحة العقد عليه ، نعم تتوقف صحة الشرط على الشروط المذكورة لصحة الشرط التى ذكر من جملتها أن لا يكون الشرط ابتدائيا و ليس من جملتها صحة البيع·

و اما الثانى : فلأن صحة العقد لا تتوقف على وجود الشرط فى ضمن العقد فضلا عن ان تتوقف على صحته ، نعم اذا فسد العقد لا يبقى مجال لوجوب الوفاء بالشرط لأنه يصح ح شرطا ابتدائيا و على الجملة فهذه الدعوى أيضا فاسدة ·

ثم انه على تقدير صحة العقد مع فساد الشرط فهل يثبت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط أو لا ، و قد وجّه المصنف فى صدر كلامه الاحتمالان :ـ

الاول : بدعوى أنه فى حكم تخلف الشرط الصحيح ، فان المانع الشرعى

كالعقلى فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط . ثم ذكر أنه لا فرق فى الجهل المعتبر فى الخيار بين كونه بالموضوع أو الحكم الشرعى ولذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو فوريته ثم عدل عند هذا الاحتمال ووجه الاحتمال .

الثانى : بدعوى أن العمدة فى خيار تخلف الشرط هو الاجماع وأدلة نفى الضرر أما الاجماع فهو منفى فى المقام لمخالفة كثير من الفقهاء وذهابهم الى فساد العقد بفساد الشرط كالمحقق وغيره ، بل حكى عدم القول بالخيار من أحد من المتقدمين و أوائل المتأخرين فالاجماع غير متحقق و مع ذلك لا مجال لدعوى الاجماع على ثبوت الخيار فى المقام للمشروط له على تقدير تخلف اذا كان جاهلا بالحال .

و أما أدلة نفى الضرر . فذكر المصنف أنه لو صح العمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد خصوصا اذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعى عذر فرب ضرر يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها خصوصا الصحة و الفساد ، فان ضرورة الشرع قاضية فى أغلب الموارد بان الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك به على أن الضرر فى المقام ليس من ناحية الزام الشارع حتى يرتفع بدليل نفى الضرر ، بل انما هو ناشئ من اقدام المتضرر ، فلا يكون ذلك مشمولا لذلك ، هذا كله مع أنا قد ذكرنا فى خيار الغبن أن دليل نفى الضرر غريب عن اثبات الخيار بالكلية أصلا ، فانه لا يتكفل لاثبات الحكم الشرعى أصلا ، و انما شأنه نفى الحكم الشرعى الضررى كما هو واضح .

و بعبارة أخرى أن معنى الخيار كون المنشأ محدودا بالفسخ و أدلة الامضاء ايضا تمضى هذا المنشأ لا اضيق منه و لا اوسع منه و الاّ فلا تكون العقود تابعة للقصود .

نعم ، قد يكون الامضاء الشارع أوسع مما انشائه المتعاملان وقد يكون

اضيق منه كما فى خيار المجلس حيث ان المتعاقدين أنشأوا البيع لازما من الابتداء و الشارع جعله لازما بعد الافتراق وكذا فى بيع الحيوان بعد ثلاثة أيام و فى بيع الصرف انشاء والملكية من الابتداء و الشارع امضاها بعد القبض و فى غير الموارد التى ورد الدليل على التوسعة أو التضيق فلا يمكن التخلف، بل ما انشأه المتعاقدان هو الممضى للشارع و اذا كانت المعاملة المنشأة محدودة بالفسخ فترتفع بالفسخ ،و هذا معنى جعل الخيار فيكون ثابتا بالشرط الضمنى الذى مرجعه الى تحديد المنشأ بالفسخ و ارتفاع العقد به كما هو واضح ·

نعم، امضاء الشارع للشرط بمعنى ايجاب الوفاء به فى الخارج مرتفع لأنه فاسد و لا يلزمه الشارع بايجاد المحرم فى الخارج و أما كون المشروط له متمكنا من الفسخ على تقدير عدم ارتكاب المشروط عليه بالحرام أو ترك الواجب فلا مانع له ابدا ·

نعم، ظرف ثبوت الخيار و هو ارتكاب الحرام مبغوض للشارع و غير ممضى لاثبات الخيار له فى ذلك الظرف و هذا نظير ما لو جعلا الخيار لأحدهما من الابتداء عند عمل المشروط عليه بالحرام أو اتيانه الواجب(لا أنه يشترط شيئا و يكون نتيجته الخيار) فانه مما لم يذهب أحد الى بطلانه وعدم ثبوت الخيار له عند اتيان الواجب أو ترك الحرام، فالخيار ثابت للمشروط عليه لا محالة و هذا من غير فرق بين علمهما ببطلان الشرط و حرمته، و جهلهما و بين جهل أحدهما و علم الآخر و هذا ظاهر ·

و منه يظهر أن هذا الخيار ليس ثابتا من ابتداء العقد بدعوى أنه متعذر من الأول لأن الممنوع الشرعى كالممنوع العقلى ، بل انما يثبت له فيما اذا لم يف المشروط عليه بالشرط و لو كان فاسدا فاذا فرضنا أنه ارتكب المحرم عصيانا فلا يثبت للمشروط له الخيار ،لأنه انما جعله على تقدير عدم

انيانه به و لو معصية و كون ذلك الفعل محرما مطلب آخر لا يمنع عن عدم ثبوت الخيار، هذا تمام الكلام فى الأمر الأول من الأمور المذكورة فى احكام الشرط الفاسد ،و قد اشتمل على بحث عدم وجوب الوفاء بالشرط الفاسد و أنه لا يمنع عن صحة العقد أنه يوجب الخيار للمشروط له٠

و التحقيق أن يقال أن دليل الخيار فى تخلف الشرط ليس هوالاجماع و لا دليل نفى الضرر و لا شيء آخر، بل الدليل على ذلك انما هوالشرط الضمنى او الصريح و قد عرفت ذلك فى خيار الغبن و غيره و توضيح ذلك اجمالا أن كلا من البايع و المشترى اذا اشترط على الآخر شرطااما صريحا أو فى ضمنى العقد ثبت للشارط الخيار مع التخلف فان مرجع الاشتراط الى جعل الخيار بداهة أن الشارط اذا اشترط ايجاد فعل على البايع ، أو وصفا فى المبيع معناه أن التزامى على العقد مشروط بالتزامك على ايجاد الفعل الفلانى أو بظهور المبيع على الوصف الفلانى و اذا تخلف ذلك لا يكون المشروط له ملزما بالالتزام بالعقد و معنى أنه لا يكون ملزما بالالتزام على العقد أن له الخيار فى فسخ العقد و أبقائه وعليه ففى المقام أن المشروط له قد اشترط على المشروط عليه ايجاد فعل فاسد و شرط فاسد بحيث لو لم يفعله المشروط عليه ثبت له الخيار و لا شبهة ح فى ثبوت هذا الخيار و توهم أن الشرط مخالف للكتاب توهم فاسد ، فان الشرط و هو جعل الخيار للشارط ليس مخالفا للكتاب، بل متعلقه مخالف للكتاب كما اذا باع شيئا و الشرط فى ضمنه أن يعصر الخمر و الاّ فله الخيار فان جعل الخيار ليس مخالفا للكتاب، بل متعلقه كك و قد تقدم صحة جعل الخيار على تقدير ترك فعل الحرام بان اشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يفعل محرما كما هو واضح٠

قوله الثانى : لو اسقط المشروط له الشرط الفاسد ٠

أقول : ذكر في تقرير شيخنا الاستاذ أنه لم يسبق هنا أمر أول ليكون هذا ثانيا له و لعله اشتباه من قلم المصنف أو من النساخ و لكنه واضح البطلان لأنه ذكر عند الشروع باحكام الشرط الفاسد أن الكلام يقع في أمور و ذكر الامر الأول و قد اطال البحث فيه و ذكر في آخره أنه هل يثبت الخيار للجاهل بفساد الشرط أو لا ، ثم تعرض للأمر الثاني فلا اشتباه من المصنف و لا من النساخ ·

و حاصل كلام المصنف هنا أنه بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد اذا قلنا بصحة العقد وعدم فساده بفساد الشرط فلا شبهة في صحة العقد و سقوط الخيار باسقاط الشرط مع القول بثبوت الخيار للمشروط له ، و اذا اسقط المشروط له ذلك الشرط فهل يصبح العقد صحيحا أو يبقى في فساده فقد اختار الاول بدعوى أن العقد قد انعقد بينهما فاسدا فلا ينفع السقاط المفسد بعد ذلك ثم احتمل الصحة بناء على أن التراضي انما حصل على العقد المجرّد عن الشرط فيكون كتراضيهما عليه حال العقد·

ثم أجاب عنه بان التراضي انما ينفع اذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق كالعقد الفضولي أو المكره و لكن الأمر في المقام ليس كذلك لأن التراضي انما هو على الانشاء المطلق و هو لم ينشأ و المنشأ انما هو العقد المقيد و هو غير ممض للشارع فلا يفيد في المقام تحقق الرضاء المتأخر على اطلاق العقد السابق الذي انشاء مقيدا بالشرط الفاسد وعن العلامة التردد في فساد العقد مع اسقاط الشرط الفاسد حيث احتمل الوجهين :

الأول : بطلان العقد من اصله لما عرفت·

و الثاني : توقف البيع بدون الشرط على الرضا فان رضي به المشروط له بدون الشرط صح العقد و الا بطل و قد رده المصنف أي الاحتمال الثاني بانه لا يعرف وجه للايقاف، فافهم·

و حاصل اشكال المصنف بانا لا نعرف وجها لا يقاف المعاملة بعد انشائها و انعاقدها باطلا و معه كيف ينعقد صحيحا باسقاط شرطها و هذا لا يقاس بالرضا و الاجازة المتأخرة أو الأذن السابق فى كفايتها فى صحة العقد ، فان الاذن أو الاجازة ح يتعلقان على العقد السابق ، أو اللاحق ، فيوجبان صحته و هذا بخلاف ما اذا تعلقا على أمر آخر غير ما رضيا به سابقا و غير ما عقد عليه فانه لا يقلب الباطل الى الصحة ٠

قوله الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد ٠

أقول : فى بعض النسخ عقد العنوان مسئلتان مكان الأمر الثالث و الامر الرابع و هو اما سهو من قلم المصنف رحمه الله أو من النساخ و الصحيح أن تقول الثالث و الرابع كما فى بعض النسخ الاخرى و كيف كان اذا قلنا بأن الشرط الفساد مفسد للعقد و أن فساد الشرط يسرى اليه فهل يختص ذلك بما اذا كان الشرط مذكورا فى متن العقد أو يعمها اذا كان مذكورا قبل العقد و وقع العقد مبنيّا عليه فان قلنا أن الشرط المذكور قبل العقد الذى لا يذكر فى ضمن العقد خارج عن الشرط فلا كلام لنا فيه فانه ليس هنا شرط حتى يكون فساده موجبا لفساد الشرط و اذا بيننا على أنه أيضا شرط و لا عناية فى اطلاق الشرط عليه و لا دليل على ذكره فى ضمن العقد فان معنى الشرط هو الاناطة و الارتباط و هو يحصل بذكره قبل العقد بحيث يقع العقد مبنيّا عليه و مربوطا به لا فى حال الغفلة عن البناء السابق فيكون بذلك مشمولا لعموم المؤمنون عند شروطهم و خارجا أيضا عن الشروط الابتدائية ٠

و عليه يقع الكلام فى أنه يفسد العقد أو لا يفسد فذكر المصنف هنا وجهان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد فان قلنا بانه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور لم يفسد و الا فسد ،و قد فصل بذلك و نقل هنا قولا ثالثا

عن المسالك وعبارته غلقة جدا و لا نتعرض لها ولاحظها و الذى ينبغى أن يقال أنه لا شبهة فى صدق الشرط على ذلك كما عرفت، وح فلابدّ من ملاحظة مدرك أن الشرط الفاسد يفسد العقد و يسرى فساده اليها نكان ذلك هو الاجماع فلا شبهة فى عدم شموله للمقام لكونه دليلا لبيّا والمتيقن منه ما يكون الشرط مذكورا فى متن العقد و أما اذا كان مذكورا قبله و وقع العقد مبنيّا عليه فلا يكون داخلا لمعقد الاجماع. و ان كان الدليل هو نفى الضرر فمقتضى القاعدة هو فساد العقد بفساد الشرط فانه لافرق بين هذا الشرط و الشروط المذكورة فى ضمن العقد كما هو واضح.

نعم، بناء على أن المدرك لفساد العقد بفساد الشرط هو الاخبار الواردة فى بيع الوضيعة و العينة على ما تقدم فهى منحصرة الى صورة ذكر الشرط فى متن العقد فلا يكون المقام مشمولا لها.

و بعبارة أخرى أن مورد تلك الاخبار صورة ذكر الشرط فى متن العقد و أما اذا وقع العقد مبنيّا عليه أى على ذكر الشرط السابق فهو خارج عن مورد الأخبار فلابدّ من الاقتصار بمورد التعبد كما هو واضح الاّ أنها غير تامة الدلالة كما تقدم.

و بعبارة أخرى اذا قلنا بأن فساد العقد عند فساد شرطه على طبق القاعدة و من جهة قصور المقتضى للصحة ح لأن للشرط قسطا من الثمن فاذا فسد و اخرج قسطه يكون الثمن مجهولا و المعاملة غررية أو لأن الرضا انما وقع على عقد خاص و هو المعاملة بهذا الشرط الفاسد فاذا انتفى القيد ينتفى المقيد، فلا محاله نلتزم بالافساد عند التبانى أيضا فما اذا قلنا أنه فى حكم الشرط الملفوظ لأن خراج قسط من الثمن فيه أيضا يوجب الجهالة فى الثمن و الرضا بالمعاملة مقيد باقترانها للشرط، فاذا انتفى ينتفى الرضا فلا تشمله الأدلة لقصور العقد بحسب المقتضى فيفسد العقد

عند فساد التباني ·

و أما اذا كان على خلاف القاعدة فيقتصر بمورد النص والظاهر على ما عرفت أنه بناء على أن فساد الشرط يسرى الى العقد فالشرط السابق على العقد يوجب فساده أيضا ، لكونه شرطا حقيقة على ما عرفت·

نعم ، اذا نسى المتبايعان ذلك و اوجد العقد بغير بنائه على الشرط السابق لا يكون الشرطح مؤثرا فى العقد ، فان العقد بحسب القاعدة اذا لم يقيد حين الانشاء بشىء انشأ مطلقا وغير مقيد بشىء و قد فرضنا أنه لم يقيد بشرط و من هنا ذكرنا سابقا أن ترك ذكر الأجل في المتعة يوجب كون العقد المنشأ دواما على طبق القاعدة و الرواية الوارد فى ذلك موافقة للقاعدة لا مخالفة لها، لأن طبع العقد أن يوجد مطلقا مع عدم التقيد بشىء ·

قوله الرابع: لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به ·

أقول : ذكروا موردا يكون الشرط لغوا و لا يكون موجبا لكون العقد لغوا فكأنه مستثنى من موارد فساد العقد بفساد الشرط و هو ما اذا كان الشرط لم يتعلق به غرض العقلاء بأن يشترط أحدهما على الآخر أن يوزن المبيع بكيل فلانى مع أنه لا فرق بينه و بين الكيل المعروف عندهم بوجه و هذا الشرط لا يزيد المالية بوجه ،و لا يكون دخيلا فى الرغبة الى المبيع أصلا ،و قد صرّح فى موارد من التذكرة بعدم الافساد ·

و من هنا ذكر الشهيد رحمه اللّه أنه لو اشترط كون العبد كافرا و ظهر مسلما كان الشرط لغوا و ليس له الخيار من ناحية تخلف الشرط ، و وجّه المصنف أن الوجه فى ذلك هو أن الوفاء بمثل هذا الشرط حيث لم يكن واجبا شرعا و لم يكن فى تخلفها أو تعذرها خيار خرج هذا الشرط عن قابلية تقيد العقد بذلك·

ثم اشكل عليه بأن لغويتها لا تنافى تقيد العقد بها فى نظر المتعاقدين فاللازم اما بطلان العقد و اما وجوب الوفاء كما اذا جعل بعض الثمن مما لا يعد مالا عرفا و هذا لا بأس به لأنا لو اغمضنا عما ذكرناه سابقا من كفاية تعلق الغرض الشخصى فى العوضين فضلا عن الشروط و أنه مع اعتبار المالية بحسب اغراض العقلاء فى العوضين فلا دليل على اعتبار ذلك فى الشروط فلا شبهة أن ما انشأ بحسب نظر المتبايعين انما هو العقد المقيّد فلا يعقل أن يكون الممضا غير ما انشأ حين العقد وعليه فأصل الشرط ليس بلغو فضلا عن أن يتكلم فى أن فساده يسرى الى العقد بناء على السراية أو لا يسرى فهذا البحث لغو أصلا ٠

وعلى الجملة بعد ما فرضنا أن معنى الشرط هوالربط فلا شبهة فى ارتباط العقد بالشرط المذكور وعليه فلابدّ اما من الالتزام بعدم فساد الشرط مع عدم ترتب الغرض العقلائى عليه لصدق الشرط عليه فيحكم بوجوب الوفاء به ، لأدلة الشروط أو لعموم دليل الوفاء بالعقد واما أن نلتزم بالافساد فى هذا الشرط أيضا بناء على أن عدم ترتب الغرض العقلائى على الشرط يوجب الفساد فانه بعد الفساد فلا محالة يوجب فساد العقد بناء على السراية ، كما هو واضح ، فلا وجه للاستثناء اصلا ٠

الكلام فى احكام الخيار

قوله : الكلام فى احكام الخيار

أقول : لا خلاف بين الفقهاء فى أن الخيار يورث بانواعه و لم نجد فى ذلك خلافا الاّ عن الشافعى فى خيار المجلس و لعله من جهة أنه يرى الموت افتراقا ، بل ادعى بعضهم الاجماع على ذلك و استدل على أنه يورث

مضافا الى الاجماع المتقدم بان الخيار حق للميت فيورث لعموم ما تركه الميت من حق فلوارثه ٠

أقول : لا شبهة فی أن الخيار من قبيل الحقوق و ذلك من جهة أنه و ان لم يكن فرق حقيقة بين الحق و الحكم ، بل كل ذلك من قبيل الاحكام الشرعية و لكن قد تقدم فی أول الخيار و فی أول البيع أن ما يكون اختياره تحت يد الانسان من الاحكام الشرعية بحيث حقا يقبل النقل و الانتقال أو السقوط و الاسقاط سمی ذلك حقا و ما لا يكون كك يسمى ذلك حكما فالجواز فی الهبة من قبيل الحكم اذ لا يقبل شيئا من الأمور المذكورة و لا يتغير عن حاله بوجه الاّ أن يكون هبة لذی رحم أو على وجه قربی ، فانه يكون لازما و أما غيرهما فلا يكون لازما حتى باسقاط الواهب حق رجوعه ويقابل هذا الجواز الحكمی اللزوم الحكمی فی النكاح ، فانه أيضا حكم من الاحكام الشرعية ولذا لا يقبل الانفساخ و لو برضاية الموجب و القابل ، بل طريق ارتفاعه الاختياری منحصر بالطلاق الذی بيّنه الشارع و أما رفعه بغير ذلك كالاقالة مثلا فلا يكشف من ذلك أن هذا اللزوم حكمی لاحقی كما هو واضح ٠

و هذا بخلاف الجواز فی الوكالة فانه يقبل التغير و كك اللزوم فی البيع فانه يقبل الحل بالاقالة أيضا و هو الانفساخ كما يقبل الحل بالفسخ فيعلم من ذلك أن اللزوم هنا حقی و قابل للحل و ليس الاقالة بيعا جديدا حتى يتوهّم أنه لا يكون حلا للعقد السابق اذ تصلح الاقالة بعد تلف العينين و لو كان بيعا جديدا لما كانت صحيحة ، كما هو واضح ٠

و على الجملة أنه لا شبهة فی وجود الفرق بين الحق و الحكم و أن كانت حقيقتهما واحدة ٠

و أما الخيار فهو أيضا من قبيل الحقوق لما عرفت سابقا أنه ملك فسخ العقد على ما يستفاد من الأخبار كقوله عليه السلام و ذلك رضى بالبيع ، و

نحو ذلك سواء كان ذلك الخيار مجعولا بجعل شرعي كخيار المجلس ، و نحوه . أو مجعولا بجعل المتعاقدين كخيار الشرط و اشباهه كخيار الغبن و العيب و نحوهما الثابت بالشرط الضمنى ، فان جميع تلك الخيارات التي توجب جواز العقد من قبيل الحقوق و اختيارها بيد صاحبها وضعا وحلا و ابقاء و اسقاطا كما هو واضح ، فان قوله عليه السلام فذلك رضى بالعقد ، ظاهر فى أنه يقبل الاسقاط و هذا هو معنى الحق ، فافهم ،و لكن الكلام فى شمول النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فهو لوارثه لأن شموله للخيارات يحتاج الى أمرين :ـ

أحدهما : احراز أن الخيارات من قبيل الحقوق و قد تقدم ذلك و دلالة جملة من الاخبار عليه كقوله و ذلك رضى بالعقد ، أى امضاء العقد و اسقاط الخيار فانه لو لم يكن من قبيل الحق لم يكن الاسقاط فضلا عن أن يكون ذلك رضى بالعقد .

و الثاني : أن يحرز أن هذا الحق عما يصدق عليه أنه تركه الميت بأن يكون قابلا للانتقال حتى يصدق عليه ذلك ، فان مفاد النبوى أن ما تركه الميت و ابقاءه بموته فى الخارج فهو لوارثه و من الواضح أن هذا المعنى يصدق فى مثل حق التحجير حيث أن المحجّر قد ثبت له حق فى الارض المحجرة بواسطة التحجير و قد تعلق حقه بالارض التى هى موجودة فى الخارج ، فاذا مات يصدق عليه أنه ترك فى هذه الأرض حقا و كك فى أمواله فانها مملوكة له فيصدق عليها أنه قد تركها الميت ويكون ذلك المتروك للوارث نظير أن يسافر أحد و ترك متاعة فى منزله فيقال انه مشى و ترك متاعه فى منزله غاية الأمر أن الانتقال هنا من عالم الى عالم آخر كما لا يخفى ، ولكن لا يصح ذلك فى الخيارات لما عرفت أن معنى جعل الخيار ابتداء ، أو بالالتزام ليس الاّ تقييد العقد بالفسخ فتكون الملكية المنشأة مغياة بالفسخ

و الفسخ يكون غاية لها و لا شبهة أن من جعل لنفسه الخيار ويقيد الملكية بتلك الغاية لا يجعل تلك الغاية وسيعة أى أعم من فسخ نفسه و فسخ وارثه و مع ذلك كيف يعقل أن يثبت الارث فى الخيارات الآ أن يكون هنا اجماع كما هو كك، فان الفقهاء قد تسالموا على أن الخيار يورث ، و قد عرفت أن المخالف هو الشافعى فى خيار المجلس فقط، و لكن مع قطع النظر عن الاجماع فلا يمكن اثبات الارث فى الخيارات بعموم ما تركه الميت من حق فلوارثه ·

و أما اثبات ارث الخيارات بالتمسك بالاستصحاب اشكل على ما ذكره المصنف لأنه يرد عليه ·

أولا : أن الشبهة حكمية و لا يجرى الاستصحاب فى الشبهات الحكمية للمعارضة دائما ، فان استصحاب ثبوت الخيار بعد الموت معارض بعدم جعله للوارث·

و ثانيا : ان الموضوع غير محرز اذ لا ندرى أن الخيار حق مختص بالميت و قائم به لكى لا يجرى الاستصحاب هنا أو أنه أمر وسيع قائم بالميت مع وجوده و حيات و بوارثه مع موته ، فيكون ذلك مشكوكا و التمسك بعموم لا تنقض اليقين بالشك فى المقام تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية ·

و ثالثا : أنه بعد ما ذكرنا من اختصاص الخيار بالميت لكون الملكية المنشأة محدودة بفسخه لا يبقى هنا مورد للشك حتى نتمسك بالاستصحاب كما هو واضح ، و الظاهر أنه لا يمكن اثبات ارث الخيار بغير الاجماع ، و الله العالم ·

قوله : بقى الكلام فى أن ارث الخيار ليس تابعا لارث المال ·

أقول : و ينبغى التنبيه على أمور الاول لا شبهة فى أن ما يكون مانعا عن الارث فى الوارث بحيث لا يكون معه مانع عن الارث من الموروث شيئا

كالقتل و الكفر و نحوهما ، و هو مانع عن ارث الخيار أيضا بناء على جواز ارث الخيار ،و هذا لا كلام فيه ،و انما الكلام فى أن من لا يكون وارثا بالنسبة الى شئ خاص من أموال الميت كعدم ارث الزوجة من العقار و عدم ارث غير الولد الأكبر من الحبوة ، هل يكون وارثا للخيار الثابت فى بيع تلك الأموال بأن مات البايع للعقار أو الحبوة بعد بيعه الخيارى فهل يكون غير الولد الاكبر وارثا لذلك الخيار و كك الزوجة أم لا ، ففى المقام وجوه ، بل أقوال القول بالارث مطلقا و بعدمه كك ،و ان لم يظهر من يصرح بالعدم و لكن قد استشكل بعضهم فى الأرث أو يفصل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت أو منتقل عنه الى غيره ، فانه على الأول يحكم بعدم الارث و ذلك لأن الخيار علاقة فيما انتقل عنه بعد كونه مسلطا على ما انتقل اليه بحيث أن يخرج ما انتقل اليه من ملكه الى ملك من انتقل عنه ذلك العين بالفسخ و ادخال ما انتقل عنه الى غير فى ملكه بذلك ،و لا شبهة أن المرأة ليس لها السلطنة على ما انتقل الى الميت و هو العقار و كيف لها الفسخ و ارجاع كل من المالين الى مالكه الأول بالفسخ و عليه فلا خيار للمرأة فى هذه الصوره لعدم تسلطها على ارجاع العين الى ما انتقل عنه ،و لا يقدر على ايجاد معنى الفسخ و لا معنى لثبوت الخيار لمن لا يقدر على الفسخ و هذا بخلاف ما اذا كان ما لا ترث منه الزوجة منتقلا عن الميت الى غيره فانه ح لها السلطنة على المال المنتقل الى الميت و هو ثمن العقار فهى قادرة على الفسخ ح لتحقق مفهوم الخيار هنا .

و القول الرابع ان يفصل على عكس الصورة السابقة و الوجه فى هذا التفصيل هو أن الثمن المنتقل الى البايع ملك متزلزل للبايع و اذا فسخ العقد ينتقل الثمن الى الميت فيرث منه كل من الزوجة و غيرها ، و هذا بخلاف ما اذا كان العقار منتقلا عن الميت لأن الزوجة لا ترث منه فيما اذا

فسخ العقد و رجع المبيع الى ملك الميت فلا خيار لها لأن الخيار حق لصاحبه فيما انتقل عنه يوجب سلطنة ما انتقل عنه بارجاعه الى ملكه والمفروض أن الزوجة ليس لها علاقة و لا سلطنة على العقار فيما اذا انتقل الى الميت

بدعوى أنه ان كان ما انتقل من الميت عقارا فلا خيار لها لأنها لا تملك شيئا بعد الفسخ و أما ان كان ما انتقل اليه عقارا فلها الخيار لأنها بالفسخ تملك قيمة العقار لأن الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن فيكون ما اعطاه الميت فى مقابل العقار من الثمن مملوكا للزوجة وغيرها بعد الفسخ فان معنى الخيار هو التسلط على حل العقد وجعله كأن لم يكن ، و ان لم يكن الفاسخ مالكا لما انتقل الى البايع كالاجنبى و قد ذكر المصنف تفصيل ذلك فى المتن ٠

أقول : الظاهر هو القول بعدم الارث مطلقا و ذلك لما عرفت من أنه ليس هنا دليل لفظى دل على جواز ارث الخيار حتى نتمسك باطلاقه ، بل الدليل على ذلك هو الاجماع و لا شبهة أنه اجماع فى المقام بعد هذه الاختلافات كما عرفت و عليه فلا يمكن القول بارث الزوجة للخيار لعدم الدليل عليه و على تقدير التنزل و القول بأنها ترث الخيار فى فرض بيع الميت العقار أو شرائه ذلك فلا وجه للاشكال فى ارثها لما تعلق به البيع مع الفسخ سواء قلنا بثبوت الخيار لها بالارث أم لا فانه على كل تقدير ترث الزوجة من متعلق البيع بعد الفسخ كما هو واضح ٠

فلا ثمرة ح للبحث عن ثبوت الخيار لها بالارث وعدمها كما هو واضح ٠

و من جهة أن الزوجة غير مالكة للعقار فلا سلطنة لها عليها كما ذكره المصنف فكيف لها أن تفسخ العقد و يرجع الثمن من المشترى ٠

و توضيح ذلك أنه اذا كان الميت قد اشترى عقارا ببيع خيارى بأن

كان له الخيار أو كان الخيار لصاحبه و هو المشتري وفسخ الوارث أوالمشتري ذلك البيع فان البيع ينقلب الى عدمه فكأنه لم يكن من الاول فتكون العقار ملكا للمشترى و الثمن ملكا للميت فيكون ذلك من جملة تركته فترث منها الزوجة أيضا كسائر الورثه و لا وجه في هذه الصورة في حرمان الزوجة عن الارث و الاشكال في ذلك ح لأن معنى الفسخ هو رجوع كل من العوض و المعوض الى مكانه الأول فيكون الثمن ملكا للمشتري و المثمن ملكا للبايع و ان كان معنى الفسخ هو حل العقد من حين الفسخ كما هو كك الاّ أنه ليس معناه أن الفاسخ يملك العوض بالملكية الجديدة لأن الفسخ ليس معاملة جديدة بل هو اعادة للملك السابق فيكون الفسخ وسيلة لملك الميت العوض أو المعوض بذلك كما اذا نصب شبكة للصيد فوقع فيها ذلك الصيد بعد موت من نصب الشبكة فانه يكون مالكا للصيد لأنه أوجد سببه قبل الموت.

و على الجملة أن الفاسخ أي شخص كان يكون فسخه سببا لتملك الميت العوض أو المعوض فتكون الزوجة أيضا وارثة من ذلك و ان لم يكن لها الخيار أصلا لأن المفروض أن المنتقل الى الميت كان عقارا و المنتقل عنه غيرها فبالفسخ ينحل البيع و ينتقل العقار الى غير الميت و مقابله الى الميت و لا مانع من ارث الزوجة من غير العقار، كما هو واضح.

و ان كان المنتقل الى الميت بالمعاملة غير العقار، و لكن في مقابلها بأن باع العقار بثمن هو غير العقار فاذا فسخ ذلك العقد اما فسخه الوارث أو فسخه المشتري، أي طرف الميت فح ينحل العقد فترجع العقار الى الميت و الثمن الى المشتري.

و لكن في هذه الصورة لا معنى من حرمان الزوجه من ثمن العقار الذى كان من جملة ما تركه الميت و ان كانت محرومة من نفس العقار بتوهّم أن الثمن بعد فسخ العقد يكون ملكا للمشتري فيؤخذ من الورثة و يعطى

للمشترى كما هو واضح ، و ذلك لأن الثمن قبل فسخ العقد كان ملكاللوارث الذى من جملته الزوجة ، فلا وجه لعدم ارثها عنه مع كونه من التركة غاية الأمر بعد فسخ العقد و رجوع العقار الى ملك الميت كان ثمن العقار من جملة ديون الميت فيخرج من أصل المال فكما ان الانسان اذا اخرج ماله عن ملكه بالهبة ثم ارجعه اليه فتظهر الثمرة فى ارث الزوجة .

و على الجملة فبناء على كون الخيار موروثا فلا وجه لحرمان الزوجة من ثمن العقار التى اشتراها الميت أو ثمنها الذى باعها به كما عرفت سابقا .

ثم ان جميع ما ذكر فى ارث الزوجة للخيار و عدم ارثها ذلك فى بيع ما لا تملكه الزوجة جارى فى بيع الحبوة أيضا بالنسبة الى ارث الخيار هنا لغير الأخ الاكبر ، قد ذكر المصنف أن الدين المستغرق لتمام التركة و ان كان يمنع عن ارث المال الاّ أنه لا يمنع عن ارث الخيار ، فللورثة فسخ المعاملة التى اوقعها الميت حال حياته ، ثم ان جميع ذلك جار فى صورة أن يكون للميت دين مستغرق و لا يكون له تركة ازيد من الدين ، و قد باع شيئا و جعل لنفسه فيه الخيار ، فهل ترث الورثه الخيار هنا أو لا ترث ؟ فما ذكره المصنف من الاشكال فى ارث الزوجة للخيار فى بيع العقار جار هنا أيضا ، بل هنا أولى بالاشكال من ذلك كما يستضح لك فلا وجه لتفكيك و نفى الاشكال هنا .

و توضيح ذلك أنه تارة نقول بانه اذا كان للميت دين مستغرق لا ينتقل المال منه الى الورثة أصلا ، كما اذا لم يكن له دين الاّ بمقدار بعض اموال الميت لا ينتقل ماله الى الورثة بهذا المقدار كما هو ظاهر قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فان المستفاد منها أن التركة غير ما يكون مقابلا للدين كما هو واضح ، و على هذا المبنى فليس للورثة حق فى مال الميت أصلا و معه كيف يكون له الخيار فى فسخ عقد الميت و ارجاع المبيع

الى ملك الميت مع أنهم غير مسلطين على ما انتقل الى الميت لكونه ملكا للديان ·

و اذا قلنا أن جميع أموال الميت تنتقل الى الورثة و لكن تكون ذلك متعلقة لحق الغير و هم الغرماء و الديان كما هو خلاف ظاهر الآية ، فان ظاهرها هى الصورة الاولى وح و ان كان الوارث مسلطا على ما انتقل الى الميت و مالكة له ، الاّ ان فسخهم العقد ورد ما انتقل الى الميت الى صاحبه ورد ما انتقل عنه اليه الى الميت تصرف فى حق الغير و هو غير جائزة على هذا الاشكال ، فارث الورثة الخيار هنا أسوء من ارث الزوجة الخيار فى بيع الميت العقار ، لأن القول بالارث هنا يستلزم التصرف فى حق الغير و لكن القول به هنا لا يستلزم ذلك ،وعليه فلا وجه لتوهم ان ارث الورثة للخيار فى صورة الدين المستغرق مورد للوفاق ،و ارث الزوجة للخيار فى صورة بيع العقار مورد للخلاف ، بل الخلاف فى أحدهما ينافى الوفاق فى الآخرى ·

ثم أنه لا وجه لثبوت الخيار ح و ارثه له بوجه ،و أما على مسلكه من كون التركه ملكا للورثه بعد الموت فلان فرع التسلطه على ما بيده من المال حتى يتمكن من ارجاعه الى مالكه و المفروض أن الورثة لا يتمكنون من التصرف فى التركة لأنه و ان كان ملكا لهم عند المشهور الاّ أنه متعلق لحق الغرماء و الديان ،و لا يجوز التصرف فى متعلق حق الغير ·

ثم انه بناء على عدم ارث الزوجة للخيار فليست الورثة مستقلة فى اعمال الخيار فى بيع العقار و ذلك لا من جهة أن الزوجة لها الخيار ، بل قد عرفت أنه لا خيار لها على الفرض ، بل من جهة أن دليل ارث الخيار كما تقدم ليس هو دليلا لفظيلا لكن يتمسك بظاهره ، بل عرفت أن مقتضى القاعدة هو أن يكون الخيار موروثا لأن مرجع جعل الخيار عبارة عن تعليق اللزوم بالتزام الطرف الآخر بالشرط و مرجع ذلك الى تحديد الملكية (لا

المملوك) بالفسخ و كون الفسخ غاية لها و من الواضح أن الغاية هو فسخ ذی الخيار لا هو ،و وارثه ،و ح فلا دليل على ثبوت الخيار للورثة لكن قامت الضرورة و الاجماع على ارث الخيار ،و من الواضح أن المتيقن من ذلك هو اجتماع جميع الورثة على الفسخ لا بعضه دون بعض خصوصا اذا كان الفسخ على ضرر الزوجة بأن باع الميت عقارا فاذا فسخت الورثة لم ترث الزوجة ،فانا لم نطمئن بثبوت الاجماع هنا اذا ، فلابدّ من ملاحظة المتيقن و هو اجتماع جميع الورثة و منها الزوجة على الفسخ ،كما هو واضح ٠

قوله : مسئلة :فی كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار ٠

أقول : بعد ما بنى على جواز ارث الخيار فيقع الكلام فی كيفية ذلك مع تعدد الورثة ،و قد ذكر فيها وجوه :ـ

الوجه الاول : أن يكون لكل منهم خيار مستقل ،بحيث يكون كل منهم مستقلا فی الفسخ و الامضاء بحيث يكون لكل منهم خيار مستقل من حيث الفسخ او الامضاء ،و يكون اختيار العقد تحت يده على ما استفدناه من الروايات المتقدمة فی باب الخيار لقولهم عليه السلام و ذلك رضى منه بالعقد فانه يعلم من هذا التعبير أن معنى الخيار هو أن يكون اختيار العقد تحت يد ذی الخيار ،بحيث كان له الفسخ أو الرضا ،فانه لا يطلق الرضا فی مورد الاّ كان طرفی الأمر من الفعل و الترك تحت اختيار الفاعل كما هو واضح بل هذا هو معنى الفسخ أيضا ٠

و اما على مسلكنا فلأنه لا اجماع محقق فی ارث الخيار فی المقام و ذلك لأن المتيقن منه ما اذا لم يكن متعلقة ملكا لشخص آخر أو كان متعلقا لحق الغير سيما اذا كان استلزم ارث الورثة الخيار ضررا على الديان كما اذا اشتراه الميت بارخص من قيمة السوقية مثلا ،أو اشتراه بخمسين درهما مع ان القيمة السوقية مائة ،فان فسخ الورثة بارجاع ما يسوى بمائة الى مالكه الاولى و اخذ ما يقابله ضرر على الديان ،و حيث لا اجماع فی المقام لا يثبت

للورثة الخيار فيما اذا كان للميت دين مستغرق بحيث يكون لكل منهم ذلك فلو سبق منهم أحد في الفسخ بان فسخ العقد أو في الامضاء بأن امضاه لم يبق مجال للآخرين .

الوجه الثاني : كصورة السابقة و لكن أن يكون كل منهم مستقلا في الفسخ فقط بحيث اذا فسخ العقد لا يبقى مجال لفسخ الآخرين ، وأما الامضاء فلا يكون امضائه امضاء للآخرين ، بل يبقى بعد امضاء أحدهم مجال لامضاء غيره كما هو واضح ، و هذا نظير الخيار المجلس الثابت للمتعدد فان لكل من المتعاملين في المجلس فسخ المعاملة دون اجازتهما لا منهما لتتوقف على اجازة كليهما ، نعم تكون اجازته نافذة في حقه فقط .

الوجه الثالث: أن يكون الخيار ثابتا للطبيعة و لصرف الوجود بحيث يكون هنا خيار واحد فكل من الورثة تصدى لاعمال ذلك من حيث الفسخ أو الامضاء كان له ذلك لتحقق الطبيعة بذلك ، و لكن لا يبقى مجال لاعمال غيره خياره في ذلك لعدم الموضوع لذلك لأن المفروض أن الخيار قائم بالطبيعة و قد حصل .

الرابع: أن يكون لكل من الورثة الخيار بحسب حصته من الثلث أو النصف أو الربع بحيث له أن يفسخ العقد في نصفه أو ثلثه أو ربعه ، و هكذا لا أن الحق يقسم لأنه غير قابل للتقسيم ، بل من جهة أن كل منهم نصف من له الحق أو ربعه أو ثلثه .

الخامس : ما قواه المصنف من ان الخيار حق واحد قائم بالمجموع فكأن الورثة قائم مقام الميت و مجموعهم شخص واحد ، فيكون الخيار للمجموع كما هو واضح ، و هذه هي الوجوه التي ذكرت في المقام ولكن مع اختلافهم في كيفية ارث الحق لم يختلفوا في كيفية ارث المال ، بل اتفقوا وتسالموا على أن كل من الورثة يرث مقدار حصته و أن المال ينتقل اليه على نحو التقسيم

كما هو واضح ،و لم يخالف فی ذلك أحد فيما نعلم.

و يقع الكلام هنا فی مقامين ، الاول فی كيفية انتقال المال الى الورثة و المقام الثانی فی كيفية انتقال الحق الى الورثة.

أما المقام الاول : فالمعروف المشهور ، بل المجمع عليه أن المال الذی للميت انما ينتقل الى الورثة علی نحو التقسيم ، يعنی حين ما ينتقل اليها المال ينتقل الى كل منهم بمقدار حقه دون الازيد و لا الأنقص ،و هذا هو الظاهر من الاية الشريفة أيضا حيث أنها ظاهر فی أن لكل واحد من الورّاث هو الثلث ، أو السدس أو الثمن من حيث الانتقال لا أنه تنتقل التركة الى المجموع و هم يقتسمونها بعد ذلك ،و قد عرفت أن هذا و ان كان موردا للتسالم ،و ظاهرا للآية و لم نسمع المناقشة فيه من أحد ولكن يشكل الذهاب اليه من جهتين :ـ

الأولى : أن التركة اذا انتقلت الى الورثة علی سبيل الافراض فنسأل أنها انتقلت اليهم معينا بحيث يكون حق كل معلوما عند اللّه تعالى و ان كان مجهولا عند الورثة أو علی نحو الغير المعين مثلا اذا مات زيد فترك ابنين و انتقل ماله اليهما بحيث انتقل نصفه الى أحدهما و نصفه الآخر الى الآخر ، معينا و لو فی علم اللّه تعالى أو غير معين ، فان كان الأول فيرد عليه أنه فالمرجع فی تعيين أحد النصفين لهذا الابن و النصف الآخر للابن الآخر مع أن نسبة المال اليهما كان علی حد سواء و جهة الانتقال كانت واحدة ،و هو الارث فتخصيص أحد النصفين بأحدهما و النصف الآخر بالآخر تخصيص بلا مخصص وترجيح بلا مرجح ، فلا وجه لتوهم أن المال الميت انتقل الى الورثة معينا أی حصة كل معينة فی علم اللّه تعالى ، و ان كانت مجهولة فی علمهم بحيث أن من كل شیء نصفه المعين لأحدهما و نصفه

المعين عند الله للآخر.

و ان كان الثانی بان انتقل حصة كل من الورثة اليها غير معينة فيرد عليه أن مال الميت كان شيئا معلوما وأمرا مشخصا كالدينار الخارجي الشخصي مثلا فبماذا صار غير معين.

و توهم أن كل منهما قد ملك عنوان النصف المشاع و هو أمر غير معين كما فی الشركة و بيع نصف الدار مشاعا فلا محذور فيه فاسد، بداهة أن عنوان النصف كعنوان الثلث و الربع و غيرهما من العناوين الانتزاعية وليست أمورا واقعية و كلامنا فی واقع المال الذی تركه الميت فانه أمر معين ومشخص بلا شبهة ، و الاّ فلو لاحظنا الامور الانتزاعية فلازم ذلك أن يملك كل من الورثة أمورا غير متناهية لأنا نفرض النصف من اليمين أو الشمال أو اليسار أو ربعا أو خمسا أو سدسا الی غير ذلك من الفروض الغير المتناهية وهذا لا يمكن الالتزام به بأن يقال ان من ملك نصف الدينار فقد ملك أموالا غير متناهية كما هو واضح .

نعم ، يتصور ذلك فی تملك الكلی فی المعين و تمليكه كبيع صاع من الصبرة المعينة فان المملوك انما هو العنوان الانتزاعی الكلی ينطبق علی الصياع الخارجية واين ذهب التشخص عن ملكه وعليه لا يمكن بناء علی أن مال الميت قد انتقل الی الورثة مفروضا من الأول ، هذا هو الوجه الأول .

الوجه الثانی : أنه اذا فرضنا أن الميت قد خلف عشرة ابناء وترك من المال فلسا واحدا بحيث لو قسم الی العشرة تخرج حصة كل منهم عن المالية و يكون موردا لحق الاختصاص فقط هذه هی المقدمة الاولی .

المقدمة الثانية : أنا ذكرنا مرارا عديدة أن دليل الضمان لا يدل علی أزيد من ضمان الأموال كقاعدة الضمان بالاتلاف و نحوها و اذا أتلف أحد مملوك أحد الذی غير متمول فی نظر العرف لا يكون ذلك موجبا للضمان بل

لم يفعل محرما أيضا لأن دليل دل على حرمة التصرف فى مال امرأ مسلم لا فى ملكه . و هكذا لو اتلف ما ليس بمملوك لأحد ، بل هو متعلق لحق الغير كالميتة المختصة لأحد و نحوها ، فانه لا يوجب الضمان ، بل لا دليل على تحريمه أيضا من حيث التصرف فى متعلق حق الغير ما لم يوجب ذلك ازالة حقه .

و نتيجة المقدمتين أنه بناء على المشهور من انتقال التركة الى الورثة ابتداء على سبيل الافراض أن اتلاف التركة التى كانت قليلة بحيث مع التقسيم الى الورثة تخرج عن المالية كفلس واحد لا يوجب الضمان لأن حق كل منهم ليس بمال و المجموع و ان كان مالا و لكنه ليس مملوكا لأحد كما هو المفروض . و هذا مما لا يمكن الالتزام به و على هذا فلابدّ من القول بأن التركة انما تنتقل الى الورثة من حيث المجموع و يكون الورّاث بأجمعهم قائمين مقام الميت فكان الميت مالكا للمال بوحدته و قد ملكتها الورثة باجمعهم ، فمجموع الورثة مالك واحد و شخص واحد قد قاموا مقام الميت فكأن كل واحد منهم نصف المالك أو ثلثه أو ربعه أو سدسه على حسب استحقاقهم وحصصهم و هذا المعنى حيث كان أمرا دقيقا لا يفهمه نوع العرف . و لذا يعبر فى العرف أن كل واحد من الورثة مالك للثلث أو الربع أو السدس أو غير ذلك و من جهة لحاظا الفهم العرفى قد عبّر فى الآية بلحاظ حصتهم و ظاهر الاية طرف القسيمة فلا تنافى الاية بكون انتقال التركة الى مجموع الورثة و ان كل واحد من الورثة مالكيته بمقدار حصته .

و بعبارة أخرى أن الاية لا تنافى مما ذكرناه من كون انتقال الارث من الميت الى الوارث إنما هو بحسب مجموع من حيث المجموع بأن انتقل مجموع التركة الى مجموع الورثة بحيث تكون الآية ظاهرة فى انتقال التركة الى الورثة بحسب النسبة ابتداء لتنافى ما ذكرناه فانه مع القول بما ذكرناه أن استحقاقهم

للارث انما بحسب النسبة أی و ان لم یکن الانتقال بحسب النسبة ، بل انتقل مجموع الترکة الی مجموع الورثة و لکن لم یبق ذلك الی الأبد ، بل اذا ارادوا القسمة فاستحقاقهم بعد الانتقال انما هو بحسب النسبة فحیث أن لحاظ جهة الانتقال معنی دقیق لا یلتفت الیه نوع الناس بأن یفهم کل أحد أن مالکیة کل وارث بحسب نسبة استحقاقه لا أن کل واحد مالك للسدس أو الربع ، مثلا ، بل نصف المالك و ربع المالك و سدس المالك و نحو ذلك و لأجل هذه الجهة أعنی عدم التفات نوع الناس بذلك یعبّر فی العرف أن لکل واحد من الورثة المقدار الفلانی ،أی یسمی فی مقام البیان و الذکر جهة الاستحقاق التی ثبت عند ارادة القسمة لا عند الانتقال .

و القرآن الکریم أیضا جری فی التعبیر علی هذا المعنی العرفی لا أنه ینکر أن کیفیة الانتقال لیست علی النحو الذی ذکرناه کما هو واضح .

و الحاصل : أن کیفیة انتقال الترکة الی الوارث و أن کان علی سبیل ما ذکرناه ،و لکن فی مقام التعبیر عنها عرفا یلاحظ کیفیة الاستحقاق ونسبة القسمة لأجل السهولة فی الفهم کما عبّر كك فی القرآن أیضا .

و یؤید ما ذکرناه من کون انتقال الترکة الی الورثة علی نحو العموم المجموعی أنه قد یکون ما ترکه المیت أمرا بسیطا غیر قابل للقسمة کما اذا آجر أحدا لاتیان رکعتین من الصلاة فمات قبل أن یأتی بها الاجیر فانه بناء علی کون الانتقال بحسب النسبة و علی نحو القسمة ابتداء کیف تکون حال هذا العمل البسیط، فهل یکون بعض الورثة مالکا لرکعة و بعضه الآخر مالکا لرکعة أخری أو بعضه مالکا لفاتحة الکتاب و بعضه للسورة وکل ذلك لم یکن فتعین ما ذکرناه ، فافهم .

ثم ان هذا الذی ذکرناه جار فی جمیع موارد الشرکة القهریة والاختیاریة و كك فی بیع نصف المبیع مشاعا فان معنی الشرکة واقع فی المال الخارجی

هو هذا .

نعم ، یتصور التملیك علی نحو الکلی و لکنه خارج عن هذا وعلی هذا المسلك الذی سلکناه فی ارث المال یتضح الأمر فی ارث الحق أیضا ، فانه اذا کان الانتقال بعنوان المجموع فیما امکن التبعیض و التقسیم حین الانتقال کارث الأموال فکون الانتقال علی نحو العموم المجموعی فیما لم یمکن الانتقال بعنوان التبعیض کما فی ارث الحق أولی ، فان الحق أمر واحد بسیط غیر قابل للتبعیض فکیف یمکن التقسیم فیه بحیث ینتقل الی کل ورثة نصف الحق علی أن دلیل ارث الحق هو دلیل ارث المال من النبوی ماترکه المیت من حق أو مال فلوارثه هذا اذا کان دلیل ارث الخیار هو النبوی و اما اذا استشکلنا فیه کما تقدم و قلنا أن مدرکه هو الاجماع وتسالم الفقهاء علی ما تقدم فالمتیقن منه هو أن یلتزم بکون انتقال حق الخیار الی الورثة علی نحو العموم المجموعی بأن ینتقل مجموع الخیار الی مجموع الورثة فیکون النتیجة علی هذا وعلی المسلك المتقدم هو ما ذکره المصنف فلا یکون فسخ کل واحد من الورثة العقد و اعماله الخیار بذلك أو امضائه ذلك الذی عبر فی الروایات بالرضا فقال علیه السلام و ذلك رضی منه بالعقد فلا یکون ذلك موردا للأثر مع قطع النظر عن اعمال الوارث الآخر الخیار بالفسخ أو الامضاء .

و اذا لم نقل علی المقالة المتقدمة و قلنا فی ارث المال أنه علی سبیل التبعیض والتقسیم من الابتداء کما هو ظاهر الآیة و مورد تسالم المشهور فح فالأمر فی الحقوق أیضا علی نهج ما سبق و لا یمکن الالتزام بانتقال الحق الی الورثة علی حسب النسبة و الاستحقاق و ذلك أما بناء علی کون دلیل ارث الخیار هو الاجماع فواضح فان المتیقن منه أن ینتقل الی المجموع و تکون الورثة باجمعهم فی حکم شخص واحد قائم مقام المیت فانه لم یکن

للميت الاّ حق واحد بسيط، و لم يتبعض له ، فكيف يتبعض للورثة فمقتضى أخذ القدر المتيقن هو ذلك .

و أما على فرض أن يكون الدليل على ذلك هو عموم ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه فمن جهة أنه لا دليل على تبعيض الخيار للورثة بأن ينتقل اليهم بحسب نسبة استحقاقهم لأن الدليل انما دل على أن ما تركه الميت من الحق فلوارثه و من الواضح أن الميت قد ترك خيارا واحدا و حقا بسيطا غير متبعض و ح فكيف يكون لكل وارث بعض ذلك الحق ،فلابدّ وأن يكون هذا الحق الواحد البسيط منتقلا الى المجموع من حيث المجموع.

و بعبارة أخرى ما تركه الميت هو الحق الواحد فلابدّ فى فرض ارث الورثة الحق أن يرثوا هذا الحق الواحد و ما يرثه الوارث من حصص الخيار لم يتركها الميت فلا دليل على ارث الخيار حسب نسبة استحقاق الورثة ، بل لابدّ فى فرض الارث أن يفرض المجموع شخصا واحدا قائما مقام الميت و يكون كل واحد نصف ذى الخيار أو ربعه و هكذا على فرض نسبة استحقاقهم فى مقام التقسيم ، بل الدليل على عدم ارث الخيار بحسب نسبة الاستحقاق فى المال هو أى الدليل على العدم أن الميت لم يكن له اعمال هذا الحق بالنسبة الى بعض اجزاء المبيع دون بعض سواء فى الخيارات المجعولة من قبل الشارع أو المجعولة لنفسه فليس له أن يفسخ العقد فى خيار الحيوان فى بعضه دون بعض وكذا فى خيار المجلس و غيره ،و قد تقدم ذلك فى ثبوت خيار المجلس للاصيل و الوكيل فاذا لم يكن للميت ذلك فكيف يكون لورثته أن يفسخ العقد فى بعض المبيع دون بعض على الجملة فأحتمال أن يرث كل ورثة من الميت خيارا بحسب نسبة استحقاقه في المال بحيث يكون مسلطا على فسخ العقد أو امضائه فى بعض دون بعض واضح البطلان .

و من هنا ظهر أنه لا وجه للقول بثبوت الخيار للطبيعى أيضا بل هذا

اسوء من سابقه فان فی السابق كان اقلا لكل ورثة خيار بحسب استحقاقه المال من التركة و يصدق عليه ان ما تركه الميت من حق فلوارثه و فی هذه الصورة ليس كك بداهة عدم الدليل عليه بأن يكون الخيار ثابتا لصرف الوجود فاذا سبق أحد الورثة الى اعماله فسخا أو امضاء لم يبق للآخر مجال مع أن الدليل كان دلا على أن ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه لا لطبيعی الوارث ليكون الخيار لمن سبق على أن دليل ارث الخيار هو دليل ارث المال فهل يتوهم أحد كون الارث ثابتا للطبيعی بحيث كلمن سبق الى أخذ التركة لا يكون لغيره ذلك.

و قد اتضح مما ذكرناه بطلان الاحتمال الثانی المتقدم فی أول المسألة و هو أن يكون لكل منهم خيار مستقل من حيث فسخ العقد دون الامضاء فانه لا دليل على ذلك أيضا على أنه اذا كان له خيار من حيث الفسخ فلماذا ليس له خيار من حيث الامضاء مع أن الدليل مطلق و كذا لا دليل على الاحتمال الأول أيضا بأن يكون الخيار لكل واحد من الورثة فسخا و امضاء على نحو الاستحقاق بحيث لا يبقى مجال مع اعماله الخيار الى الورثة الأخرى و ذلك لأن الدليل كان يقتضی أن يكون ما تركه الميت من الحق و المال للوارث باجمعهم لا لوارث واحد.

و بعبارة أخرى أن الوارث لم يتلق الخيار ابتداء من الشارع ليكون مستقلا فی اعماله، بل يتلقاه من الميت و هو خيار واحد فلا يمكن أن يكون هذا لكل ورثة خيار مستقل اذا سبق الى اعماله، بل هذا الخيار الواحد ثبت لمجموع الورثة و لم يتوهّم ذلك أحد فی ارث المال مع أن الدليل واحد.

و على الجملة أن ملاحظة كيفية الارث فی المال و اتحاد الدليل على ارث الخيار و المال يقتضی بطلان هذه المتحملات أجمع فلا دليل على أن يرث كل من سبق الى اعمال الخيار الحق المذكور و لا يبقى مجال للبقية فما

ذكره المصنف من كون الخيار ثابتا للمجموع بحيث لا يؤثر اعمال واحد منهم الخيار فسخا و امضاء بدون الآخر واضح البطلان كما لا يخفى .

ثم ان ما ذكرناه من كون انتقال الحق الى مجموع الورثة كان من حيث القاعدة مع أخذ المدرك للارث في الخيار هو النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه مع العلم الخارجي بأن الحق من جملة ما تركه الميت و قد ذكرنا أن القاعدة هو ذلك في تفسيم المال أيضا ، و ان كان المال قابلا للقسمة و الحق غير قابل لها و أما اذا كان المدرك هو الاجماع فالأمر أوضح لأن المتيقن منه أن تكون مجموع الورثة مجتمعين على الفسخ أو الامضاء و لا يكون لكل واحد حق فسخ العقد و لو في البعض على نحو الاستقلال ، بل مقتضى أخذ القدر المتيقن أن لا ينفذ اعماله الخيار فسخا وامضاء على نحو الاستقلال حتى في البعض ايضا كما هو واضح .

ثم انه بعد ما بنى المصنف على أن ارث الخيار على نحو المجموع أى ينتقل الخيار من الميت الى المجموع الورثة ذكر أن هذا جار في مطلق الحقوق الاّ أن يثبت من الخارج عدم سقوط الحق عن الآخر بعفو بعضه بل يكون هو مستقلا في الاستيفاء و لا يقيد استيفاء حقه باجتماع الورثة على الاستيفاء بحيث اذا خالف أحدهم و عفى عن حقه لم يكن للآخر الاستيفاء بل مع العفو من أحد يستوف الآخر حقه غاية الأمر في مثل حقه القصاص يدفع الى المقتص منه بمقدار حق من عفى عنه ، و الظاهر أن هذا الحكم مشهور بين الفقهاء على ما في المتن و ان احتمله في الدروس من أن أحد الورثة اذا عفى عن الشفعة كان للآخر الاخذ بكل المبيع و كيف فالكلام في مدرك الفرق بين هذه الحقوق و بين الخيار حيث انا ذكرنا أن الارث في الخيار على نحو المجموع فليس لأحد الورثة أن يعمل خياره مع اسقاط الآخر ذلك بخلافه في الحقوق المذكورة .

و ذكر المصنف أن وجه الفرق بينهما هو دليل لا ضرر حيث ان منع من له حق القذف من الورثة باسقاط الوارث الآخر حقه و كك فی حق القصاص و الشفعة ضرر على ذی الحق فانه لو سقطت الشفعة بعفو أحد الشريكين تضرّر الآخر بالشركة فيكون دليل نفی الضرر مانعا عن منع غير العافی عن اعمال خياره و كك أن سقوط حق القذف و القصاص بعفو البعض ضرر على غير العافی لأن الحكمة فيها التشفی فابطالها بعفو أحد الشركاء اضرار على غير العافی و لا شبهة أن قاعدة لا ضرر غير موجود فی المقام.

و لكن للنظر فيما ذكره المصنف مجالا واسعا و ذلك من جهة أن عدم سقوط حق القذف عن بعض الورثة بعفو بعض الآخر انما هو من جهة النص الخاص لا من جهة دليل نفی الضرر، و الاّ كان ذلك مثل الخيار ، فهذا الواحد لا كلام فيه للنص الخاص.

و أما عدم سقوط حق القصاص عن البعض بعفو الآخر فمن جهة ان الورّاث الذين فی الطبقه الأولى أو فی الدرجة الاولى يتقدمون على أهل المرتبة الثانية و الدرجة الثانية فمع وجود الاولاد لا تصل النوبة الى أولاد الاولاد أو الى الاخوة مثلا و يكن مع انتفائهم تصل النوبة الى المرتبة الثانية و الدرجة الثانية لا أن أهل الدرجة الثانية و المرتبة الثانية يكونون ولی الدم من جهة ارثهم حق القصاص من المورّث لأن معنى الولی هو الذی يلی أمر الميت، فالورّاث كلهم يلون أمر الميت غاية الأمر كل فی مرتبته وعليه فمقتضى قوله تعالى فمن قتل مظلوما و قد جعلنا لوليه سلطانا هو أن كل من يلی أمر الميت و لو من الورّاث الواقعين فی المرتبة الثانية أوفی الدرجة الثانية فهو ولی الميت فی أخذ حق القصاص من القاتل و عليه فلكل من الورثة أن يقتصی من القاتل يكونه ولیّ الدم و ان عفی الآخر عن حقه غاية الأمر أنه لا بدّ له أن يعطى من دية المقتص منه لوارثه المقدار الذی عفی الآخر كما

أنه لا بدّ له أن يعطى حق الوارث الآخر اذا لم يعف عن حقه و لم يرض بالقصاص أيضا ·

و على الجملة أن عدم سقوط حق القصاص بعفو البعض أيضا غريب عن دليل نفى الضرر كما هو واضح ·

و أما حق الشفعة فان لم يرد فيه نص على عدم سقوطه بعفو الآخر و لا دليل آخر يقتضى تلقى الورثة ذلك ابتداء من اللّه تعالى ،و لكن لا نلتزم فيه بغير ما التزمناه فى حق الخيار . بل نجرى فيه عين ما ذكرناه فى ارث الخيار بان نقول أن الميت اذا كان له حق الشفعة على أحد فمات يقومون الورّاث باجمعهم مقامه فى ذلك فلهم جميعا أن يأخذوا و يتملكوا حصة الشريك المبيعة بحق الشفعة ·

و أما اذا عفى أحدهم عن حقه أو لم يعمل حقه و سكت لا دليل على استقلال البقية باعمالهم حقهم و الأخذ بالشفعة لما تقدم من التفصيل فى حق الخيار سواء كان المدرك لا رث حق الشفعة هو النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه مع العلم الخارجى بأن حق الشفعة من جملة ما تركه أو كان الدليل على ذلك هو الاجماع كما تقدم فى الخيار ، فافهم ·

و أما ما ذكره المصنف من الفرق بين الخيار و الحقوق المذكورة اعنى حق القذف و حق القصاص و حق الشفعة و دعواه أن حديث نفى الضرر هو الفارق بينهما فيرد عليه ·

أولا : أن لا ضرر انما هو مسوق لنفى الاحكام الضررية فى الشريعة المقدسة و ليس مسوقا لدفع ما يوجب عدم جلب المنفعة و من الواضح أن الوارث باعماله حق الشفعة يجلب المنفعة و هى ضم حصة الشريك المبيعة لحصة نفسه خصوصا اذا كانت الحصّة المبيعة مبيعة بقيمة رخيصة ولا شبهة أن عدم ثبوت حق الشفعة له لا يوجب ضررا عليه لما ذكرنا فى قاعدة لا ضرر

و فى خيار الغبن أن الضرر انما هو نقص فى المال و الطرف و العرض و ليس هنا نقص بوجه من الوجوه كما هو واضح ٠

و ثانيا أنه لو كان دليل نفى الضرر جاريا فى المقام و كان موجبا لثبوت الحق للوارث لتملك حصة الشريك المبيعة بالشفعة فلماذا لا يجريه المصنف عين ذلك فى الخيار أيضا لكن يلتزم بثبوته للوارث أيضا اذ لا فارق من هذه الجهة بين الخيار و حق الشفعة خصوصا اذا كان ما باعه الميت بقيمة رخيصة فانه يقال هنا ان عدم ثبوت الخيار للوارث ضرر عليه كما هو واضح ٠

و ثالثا : أن حديث نفى الضرر انما ورد فى مقام الامتنان على الامة و لا يجرى فى الموارد التى كانت على خلاف الامتنان ومن الواضح أن جواز أخذ الوارث الحصة المبيعة من الشريك الذى هو المشترى ضرر عليه فلا يمكن الحكم بشمول المقام لذلك نعم أصل جعل حق الشفعة للشريك مبنى على الضرر خصوصا بعد ما ورد فى بعض روايات الشفعة من تطبيق لا ضرر ولا ضرار بذلك، الاّ أنه لا بدّ من الاقتصار بمورد التطبيق و أما بالنسبة الى الوارث فلا نطمئن بذلك فان لاحتمال اختصاص التطبيق بمورده وهو نفس الشفيع مجالا واسعا كما هو واضح ٠

و على الجملة فلا يمكن التمسك لاثبات حق الشفعة للوارث بدليل لا ضرر اذا فحق الشفعة و الخيار على حدّ سواء فلابدّ من الالتزام بأن حق الشفعة اذا التزمنا بانتقالها الى الوارث انما ينتقل الى المجموع من حيث المجموع٠

على أنه لو التزمنا بثبوته للوارث أيضا فلماذا لا يختص كل منها بحصة نفسه بان يفسخ العقد بالمقدار الذى يرث من الحق أى بنسبة حقه الذى وصل اليه من المورّث بل التزم المشهور بان الوارث الواحد أيضا يعمل حقه فى تمام المبيع فان هذا لا يقتضيه دليل نفى الضرر كما أنه لو قلنا بثبوت

الخيار لكل واحد من الورثة له أن يعمل خياره بنسبة حقه و أما الازيد فلا فاذا اراد الفسخ يحلّ العقد فی مقدار حقه كأنه لم يكن من الاول و فی الشفعة أيضا اذا اعمل حقه فی مقدار نصيبه و فسخه و جعله كأن لم يكن يدفع به الضرر كما هو واضح .

و لكن هذا الايراد الاخير واضح الدفع بداهة أن حق الشفعة لا يتعلق بالعقد بحيث يكون مثل الفسخ موجبا لحل العقد و جعله مثل الأول بحيث لم يكن هنا عقد أصلا بل انما يتعلق بالعين ويتملكها بالشفعة و أن كل من له حق الشفعة اذا أعمل حقه فلابدّ و أن يعمل ذلك فی مجموع الحصة المبيعة و يتملكها بالشفعة و هذا حكم شرعی قد ثبت بالروايات فی الشريعة المقدسة فيكون ذلك مثل الغصب غاية الأمر أنه غصب شرعی لا غصب محرم .

و من هنا ذكر المحقق فی الشرايع الشفعة بعد الغصب لاجل المناسبة بينهما كما لا يخفی و يكون ذلك تخصيصا لدليل التجارة عن تراض بحيث مع عدم رضا المشتری أيضا يفسخ الشفيع و لو كان البايع باعه بقيمة رخيصة وعليه فحق الشفعة من هذه الجهة اجنبية عن الخيار بالكلية كما هو واضح، فلا دفع للاشكال المذكور أی دعوی أنه لا ملزم لاعمال حق الشفعة فی مجموع العقد ، بل لابدّ و أن يعمل فی بعضه المختصّ لنفسه لاندفاع الضرر به .

قوله : فرع اذا اجتمع الورثة كلهّم علی الفسخ فيما باعه مورّثهم .

أقول : اذا بنی جميع الورثة علی الفسخ و فسخوا العقد فيقع البحث هنا فی جهات :ـ

الجهة الاولی : فی أنه اذا مات من له الخيار و كان له دين مستغرق للتركة فهل يجوز للورثة الفسخ هنا أولا و قد تقدم فی ارث الزوجة الخيار و الاشكال فی ارث الخيار فی صورة استغراق الدين التركة من جهة أنه أی

ذى الخيار لا يتمكن من الفسخ فان قانون الفسخ أن يكون الفاسخ مالكا لمن انتقل اليه ليخرجه من ملكه و يتملك فى مقابله المال المنتقل عنه و من الواضح أن الورثة ليست كك، لما ذكرنا أن المال لا ينتقل الى الورثة فى صورة استغراق الدين كما هو مقتضى قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ،و كك هو مقتضى الروايات كما هو واضح ، و كك على القول بالانتقال الى الورثة ، أن التركة متعلقة لحق الغرماء فليس لهم التصرف فى متعلق حق الغير.

و مع الاغضاء عن ذلك أن الفسخ قد يكون موجبا للمفسدة كما اذا كانت التركة قبل فسخ الورثة العقد تساوى ألف دينار و بعد الفسخ تساوى خمس مائة دينار، لترقى قيمة ما أخذه الميت بالمعاملة الخيارية فان الفسخ هنا يوجب المفسدة بين الديان ،و قد لا يكون موجبا للمفسدة كما اذا كانت التركة تساوى مائة دينار سواء كان قبل الفسخ أم بعده فهل للورثة فى المقام حق الفسخ أو لا فنقول ان كان مدرك ثبوت الخيار للورثة هو النبوى اعنى قوله (ص) ما تركه الميت فلوارثه فلا اشكال فى جواز الفسخ لهم وثبوت الخيار لهم كما هو مقتضى الاطلاق بعد احراز أن حق الخيار مما يصدق عليه التركة و من جملة ما تركه الميت أى بعد احراز الصغرى من الخارج و لو بالعلم الوجدانى ، فانه فى هذه الصورة يتمسك باطلاق الدليل اللفظى و يحكم بثبوت الخيار للورثة و ان لم يحصل لهم شئ من ذلك ، و ليس للديان المنع من ذلك فأنه لا يجب للورثة حفظ موضوع التركة للديان ، بل لهم اعدام موضوعها أو ابقائها كما هو واضح ، فأن الفسخ يعدم موضوع بقاء التركة بالمقدار الكثير كما أن عدم الفسخ يوجب كثرتها .

و ان قلنا أن مدرك الخيار هو الاجماع فالمتيقن هو صورة عدم وجود الدين المستغرق للميت و مع القول بالجواز هنا أى شمول الاجماع لهذه

الصورة أيضا فالمتيقن هو كون الفسخ مصلحة للديان و مع التنزل فلا أقلا لا بدّ و أن يكون الفسخ وعدمه بالنسبة الى حال الورثة سيان بان لا يكون مصلحة لهم و لا مفسدة لهم ، كما هو واضح ·

الجهة الثانية : أنه اذا كان الفسخ مصلحة للديان فهل يجب الفسخ للورثة أو لهم اجبارهم على الفسخ أو ليس لهم ذلك ،و لا يجب عليهم الفسخ فانه لا يجب للورثة ايجاد الموضوع للتركة أصلا ، فضلا عن ايجاد الموضوع لكونها زيادة ، بل بناء على ثبوت الخيار لهم بالوراثة فهم مخيرين أيضا في ذلك ، أي في الفسخ وعدمه ، كما هو واضح ·

الجهة الثالثة : فيما يعطى لمن هو طرف العقد مع الميت بعد فسخ العقد ، فصور المسألة هنا ثلاثة ، الصورة الاولى أن يكون دين الميت مستغرقا لتركته و مع ذلك فسخ الورثة العقد وح فتارة تكون عين الثمن الذى اخذه الميت من المشترى أو عين المبيع الذى اشتراه من البايع الاجنبى باقية بعين أموال الميت،وح فلا شبهة فى أنه يأخذ المشترى فى الفرض الاول و البايع فى الفرض الثانى عين ماله من أموال الميت، فان قانون الفسخ يقتضى رد كل مال الى صاحبه الاولى ، بعد الفسخ ،وحيث ان المبيع فى الفرض الاول و الثمن فى الفرض الثانى قد رجع الى ملك الميت و الى محلهما الاولى ، فلابدّ و أن يرجع ما يقابلهما الى محلهما أيضا و المفروض أن فى صورة استغراق الدين لا تنتقل التركة الى الورثة ، بل هى باقية فى ملك الميت، كما هو ظاهر قوله تعالى من بعد وصيّة يوصى بها أو دين على ما تقدم فلابدّ من ردّ عينهما الى مالكهما الاول ، كما هو مقتضى ضمان اليد و ان لم تكن الثمن أو المثمن فى الفرضين المذكورين باقيين بل كانا تالفين فان ذلك يكون من جهة الديون أيضا فتضرب التركة عليهم وتقسم بينهم على حسب ديونهم ، فان مقتضى ضمان اليد رد العين المضمونة مع البقاء ومع التلف ينتقل الضمان الى البدل ، فيكون من جملة الديون فان كانت التركة

وافية بجميع فهو و الاّ يقدم المشترى و البايع فى أخذ ما يقابل مالهما على بقية الديان أو لا فذكر شيخنا الاستاذ أنهما احق بذلك بعد فسخ العقد و لكن لا نعرف وجها لذلك، فان الاحقية بالنسبة الى بقية الديان قد ثبت فى موردين، الاول : فى العين المرهونة فانه اذا مات الراهن و لم يفك العين من الرهن و كان عند ديون مستغرقة للتركة فان المرتهين أولا بالعين المرهونة من البقية فيبيع ذلك و يستوفى حقه منها و اذا كانت فيها زيادة يردها الى التركة و المورد الثانى فيما باع الميت قبل الموت شيئا كليّا و لم يسلمه قبل الموت حتى مات فانه يخرج المبيع من تركته قبل الديان و كل ذلك للنص الخاص و لا شبهة أن المورد ليس منها و لا أنه ورد فيه نص خاص فما ذهب اليه شيخنا الاستاذ فاسد جدا .

الصورة الثانية : أن لا يكون للميت دين اصلا وفسخ الوارث العقد فان كانت العين المنتقلة الى الميت بالمعاملة الخيارية تالفة كان قيمتها دينا عليه بعد الفسخ ،فلابدّ وأن يخرج من تركته و من الواضح أنه لافرق فى وجوب اداء دين الميت من التركة بين الدين القديم أو الحادث بعد الموت كما عليه الضرورة كما أنه يملك بعد الموت أيضا بلا شبهة لصحة اعتبار الملكية له كما يصح اعتبار الملكية للكلى كمساجد و نحوه، اذ الاعتبار خفيف المؤنة فيصح أن يتعلق بالمعدوم كما يصح أن يتعلق بالموجود ،فافهم ،و الفرض أنه لا دين له فيخرج ذلك منها فيكون ما ينتقل اليه بعد الفسخ من جملة تركته و الوجه فى ذلك أى فى كون ذلك دينا للميت و كون ما يرد بالفسخ من جملة تركته أن قانون الفسخ كما عرفت هو ردّ كل من الثمن و المثمن الى مالكه الأول و مقتضى اعمال قانون الفسخ هو ما ذكرناه، كما هو واضح .

و ان كانت العين باقية صريح كلام المصنف، بل التسالم بين الفقهاء أن صاحب الميت أعنى الطرف الآخر للمعاملة يأخذ العين بعد الفسخ و يكون ما ينتقل الى الميت بالفسخ من جملة التركة و لكن للمناقشة فيه مجالا

واسعا كما عرفته سابقا فی ارث الزوجة ، الخيار و ذلك لأن التركةباجمعها مع عدم القرض و الوصية انتقل الى الورثة و من جملتها المال المنتقل الى الميت بالمعاملة الخيارية و مقتضى قانون الفسخ هو أن ينتقل كل من العوضين الى ملك مالكه الأولى و اذن فالمال الذى انتقل من الميت قبل موته بالمعاملة الى طرف معاملة ينتقل الى الميت كما هو مقتضى قانون الفسخ و لا شبهة فی تصوير مالكية الميت أيضا كما فی صورة مالكية المسجد ، و الجهات العامة و حيث أن مقابله كان فی حكم التلف لخروجه من ملك الميت و دخوله فی ملك الوارث فيكون ذلك من جملة ديون الميت فلا معنى للحكم بأخذ البايع أو المشترى (الذى هو طرف المعاملة مع الميت) عين ماله من جملة التركة و على الجملة فلا دليل على أخذ صاحب الميت العين المنتقلة الى الورثة بعد كونها بذلك فی حكم التلف ، كما هو واضح.

الصورة الثالثة : أن يكون للميت وصية أو دين و لكن لم يكن دينا مستغرقا للتركة ، ثم فسخ الورّاث العقد، و ان كانت العين المنتقلة الى الميت تالفة قبل الفسخ ، كان مقابلها من جملة الديون لأن مقتضى دليل اليد هو لزوم ردّ العين و مع التعذر ينتقل الضمان الى القيمة و البدل ، و يكون بدله دينا للميت فيخرج من التركة و يكون ما انتقل من البايع مثلا الى الميت من الثمن بالفسخ من جملة التركة .

و ان لم يكن العين تالفة فهل يأخذ طرف الميت فی المعاملة عين ما انتقل منه الى الميت أو تنتقل الى البدل أو يلتزم هنا بالأمر المتوسط ، الظاهر هو الأخير ، فانه بعد ما مات أحد و كان عنده دين غير مستغرق لا ينتقل جميع أمواله الى الورثة ، بل يبقى بمقدار الدين و الوصية أيضا لو كانت فی ملك الميت كما هو مقتضى ظاهر الآية على ما تقدم و اذن فيكون الميت مشتركا مع الوارث فی التركة مشاعا لعدم تعين حصة كل منهما بعين خاصة ، و من الواضح أن من جملة التركة تلك العين المأخوذة من الغير بالبيع فتكون هی أيضا مشتركة بينهم ، و عليه فاذا فسخ الورّاث العقد فيرجع ما انتقل من الميت البايع مثلا الى ملك الميت كما هو قانون الفسخ فيكون من

جملة الترکة و یردّ من العین المبیعة التی هی کانت تحت ید المیت الی البایع بعد الفسخ بالمقدار الذی فی ملك المیت، فیکون البایع شریکا بنسبة مالکیة المیت فی العین شرکة مشاعیة، وأما بالنسبة الی بقیة حقه أی البایع فیکون ذلك دینا فی ذمة المیت فیخرج من أصل الترکة کما تقدم، فافهم وتأمل ۰

و التکلم فی هذه المسألة لا یتوقف علی القول بارث الخیار بداهة أن الکلام هنا متمحض لبیان حال انفساخ معاملة المیت بعد موته و هذا تارة یکون بفسخ الوارث التی یتوقف علی القول بارث المیت الخیار و أخری یکون طرف المعاملة مع المیت من المشتری أو البایع و هذا لا یتوقف علی القول بارث الخیار، کما اذا باع المیت ماله من غیره بمائة دینار و کانت قیمته خمسین دینارا، فان للمشتری خیار الغبن، فاذا لم یفسخ حتی مات البایع وفسخ المشتری بخیار الغبن، فان بیان هذه المسألة و تنقیح ذلك لا یتوقف علی القول بارث الخیار، وکك اذا ترافعا فی الفسخ وعدمه و حکم بالفسخ فانه یکون أیضا من صغریات هذه المسألة کما هو واضح ۰

ثم أن الظاهر أن تنقیح هذه المسألة یقع فی ضمن صور ثلاثة التی یترتب الأثر علیها و أما الصور التی لا یترتب علیه الأثر فهی کثیرة و لا یهم التعرض لجمیع ذلك ۰

الصورة الاولی : أن یکون الدین مستغرقا للترکة و قد تقدم أنه قد یکون ما أخذه المیت من الغیر من الثمن أو المثمن تألفا و أخری یکون باقیا ۰

و أما فی صورة البقاء فلا ریب أنه بعد انفساخ العقد من ناحیة الورثة أو من ناحیة من هو طرف المیت من المشتری أو البایع یرجع الی ماله الذی کان منتقلا الی المیت و یسترده و ذلك لما عرفت أن قانون الفسخ هو رجوع کل من العوض و المعوض الی ملك من خرج من ملکه، و من الواضح أن المفروض أن فی صورة استغراق الدین أن الترکة لا تنتقل الی الورثة ، و جملتها ما أخذه المیت من طرفه فی المعاملة فحیث کان ذلك باقیا بعینه فیأخذه فان مقتضی دلیل ضمان الید أن یأخذ المالك عین ماله من الضامن و مع تلفها یأخذ بدلها و المفروض ان عین المال فی المقام موجودة ۰

و أما في صورة تلف العين بان يكون ماانتقل الى الميت تالفا ، فيكون ذلك من جملة ديون الميت قسم التركة عليهم بحسب نسبة ديونهم و دعوى أن البايع أو المشترى أو باستيفاء ما انتقل عنه الى الميت من بقية الديان كماادعاه شيخنا الاستاذ لا يمكن المساعدة عليه لعدم الدليل عليها كماتقدم ·

الصورة الثانية : أن لا يكون للميت مال أصلا ،و مع ذلك فسخ الورّاث أو من باع المال من الميت المعاملة فانه ح ينتقل الثمن الى الميت وأما المبيع فحيث كان تالفا فيكون الميت مديونا ببدله و اذن فان وفى الثمن بقيمة المبيع الذى هو دين على الميت يستوفى البايع الثمن من المبيع فلا كلام و ان كان هنا دين آخر للميت أو كان منحصرا به ،و لكن لم يكن الثمن وافيا بقيمة المبيع، لكونه أغلى ،و قد كان الميت اشتراه بأقل للغبن مثلا وهل يكون الثمن ح دينا على الميت أو يكون من مال الورثة كما أن الارث لهم وجهان كما فى المتن ·

الوجه الاول : ما قوّاه المصنف فى آخر كلامه من أن الورثة قائمون مقام الميت فى الفسخ برد الثمن أو بدله و تملك المبيع فاذا كان المبيع مردودا على الورثة من حيث انهم قائمون مقام الميت اشتغلت ذممهم بثمنه من حيث انهم كنفس الميت، كما أن معنى ارثهم لحق الشفعة هو أن يتملك الورثة الحصة المبيع و يعطون الثمن من كيسهم لا من مال الميت فاذا فسخ الورثة العقد فى صورة عدم وجود المال للميت أو فسخه المشترى الذى هو طرف المعاملة مع الميت كان الضرر على الورثة أى يعطون الثمن للمشترى من كيسهم كما أن ثمن الحصة المبيعة فى بيع الشريك حقه من كيس الورثة مع أخذهم ذلك بالشفعة ·

الوجه الثانى : ان لا يكون الثمن من مال الورثة فى هذه الصورةاعنى صورة عدم وجود التركة الميت بداهة أن الورثة لهم حق الفسخ فى ذلك و أما لزوم الثمن عليهم فلا ، كما اذا كان الخيار للاجنبى أو للوكيل الغائب

عن الموكل ، فهل يتوهم أحد لزوم الثمن عليهم مع الفسخ ،و اعمالهم الخيار فی ذلك العقد الذی لهم الخيار فيه و عليه فاذا فسخوا العقد و حلوه فمقتضی قانون الفسخ دخول المبيع فی ملك الميت و دخول الثمن فی ملك المشتری .و حيث أنه قد تلف الثمن فيكون دينا فی ذمته كما اذا كان له دين آخر مع عدم وجود التركة له و يوفی عنه ديون الميت و علی هذا فقد خرج الثمن العين عن ملك المشتری فيكون ذمة الميت مشغولة بالثمن الكلی، فلا يكون مال الورثة عوضا عن الثمن ، الاّ اذا اعطوه برضايتهم كما اذا اعطائه شخص آخر أو ابرأه المشتری و مدرك الوجهين هو أن الفسخ هل هو فسخ العقد الواقع بين البايع و المشتری بحيث أنه يعدمه من الأول بقاءً ويجعله كأن لم يكن من حيث البقاء لا من حيث الحدوث أولا ، بل هو عقد جديد فيحصل به التبادل الجديد بين العوض و المعوض ، فانه علی الاول يكون الفسخ موجبا لرجوع الثمن الی المشتری و رجوع المبيع الی البايع كما هو قانون حل العقد و جعله كأن لم يكن و علی الثانی فيكون الفسخ عقدا جديدا واقعا بين الورثة و المشتری ، فيأخذ الورثة المبيع و يردون عوض المثمن اليهم من مالهم الشخصی .و لكن الظاهر هو الاول فان معنی الفسخ هو حل العقد من الأول بقاء كأنه لم يكن و علی هذا فلا يمكن المساعدة الی الوجه الاول ، بل لا بدّ من اختيار الوجه الثانی ، فانه بعد كون معنی الفسخ هو حل العقد الأول فلا يبقی مجال لاحتمال كونه عقدا جديدا ، فافهم . و انه هو الصحيح لما عرفت من انه ليس للورثة الاّ حق الفسخ فقط كالاجنبی .

و أما قياس المقام بالشفعة واضح ، الفساد للفرق البيّن بينهما حيث عرفت سابقا أن فی حق الشفعة انما يتملك الشفيع الحصة المبيعة بالشفعة من غير أن يكون له تماس بالعقد من حيث الفسخ و الامضاء بل من له حق

الشفعة فى فرض صحة العقد يتملك الحصة المذكورة بالشفعة تملكا جديدا كالبيع،غاية الأمر أنه تجارة عن غير تراض الطرف و غصب شرعى و يكون ذلك تخصيصا لدليل التجارة عن تراض و غصبا شرعيّا و أى ربط له بفسخ العقد باعمال الخيار و ارجاع كل من العوض و المعوض الى محلهما الأول .

و ما ذكره المصنف من كون الورثة كالميت فى فسخ العقد ويقومون مقامه كأنهم نفس الميت و عليه فلابدّ أن يعطو الثمن من مالهم كما ان الميت اذا كان حيّا يعطى ذلك عن ماله لا يمكن المساعدة عليه لعدم الدليل على ذلك غاية الأمر أن الدليل قام على ارث الورثة الخيار ،و أما الازيدة فلا ،كما لا يخفى ،فافهم .

الصورة الثالثة : أن يكون للميت مال و لم يكن له دين ، أو كان و لم يكن مستغرقا للتركة و باع قبل موته متاعا و كان له الخيار أو لصاحبه ، فانه ينتقل ماله ح الى الورثة و اذا فسخ الوارث العقد أو فسخه المشترى فبمقتضى قانون الفسخ ينتقل مال المشترى الى الميت أى ينتقل المبيع الى الميت لأنه كان خارجا من ملكه فيكون من التركة .

و أما الثمن فان كان تالفا فيكون بدله دينا على الميت فيخرج من التركة لعدم الفرق فى اخراج دين الميت من التركة بين الدين السابق على الموت و الدين الحادث بعد الموت،فان جميع ذلك يخرج من التركة أو يأخذ المشترى مقابل الثمن من المبيع الذى انتقل الى الميت بعد الفسخ فانه يدخل فى ملك الميت و المفروض أن الثمن قد تلف فى ملك الميت اما تلفا حقيقيا أو تلفا حكميّا كنقله الى غيره فى حياته بالبيع أو بالهبة و نحو ذلك فيكون بدله دينا عليه ،و ح لا ينتقل ذلك المبيع الى الورثة لمكان الدين على ما اخترناه فى ارث المال من انه اذا كان للميت دين لا ينتقل ماله الى الورثة بمقدار الدين ،و ان كان المبيع وافيا بالثمن الذى يطالبه المشترى

من البایع فهو و الاّ فیأخذ البقیة من الترکة التی ورثتها الوارث لماعرفت من عدم الفارق بین الدین السابق علی الموت أو اللاحق به فان جمیع ذلک لا بدّ و ان یخرج من الترکة ٠

و ان کانت العین باقیة و انتقلت الترکة الی الورثة التی من جملتها تلک العین ثم فسخ الوراث أو المشتری العقد و ح کان المبیع الذی اشتراه المشتری من المیت قبل الموت من جملة الترکة و هل یکون عین الثمن منتقلا الی المشتری بالفسخ کما هو قانون الفسخ فانه یقتضی رجوع کل من العوض و المعوض الی ملک من خرج من ملکه أو لا . بل یکون الثمن من جملة الترکة لا نتقاله الی الورثة قبل الفسخ و ان طرأ الفسخ علی العقد بعد ذلک فلا بدّ و أن یکون من جملة دیون المیت فیخرج من الترکة التی من جملتها الثمن المذکور لا عن عین الثمن فقط . کما عرفت . ربما یقال بالثانی کما ذکرناه سابقا وبیّنّا علیه بدعوی انتقال الترکة الی الورثة مع عدم الدین ومن الواضح أن الثمن کان ملکا للمیت فینتقل الی الورثة و الفسخ انما تحقق بعد کون الثمن ملکا للورثة فلا معنی لعوده الی المیت بعد فسخ العقد حتی یعود الی ملک المشتری بقانون الفسخ ٠

و لکن الظاهر هو الاحتمال الاّول و أنه اذا فسخ العقد اما بفعل الورثة أو بفعل المشتری یرجع کل من العوض و المعوض الی مالکه الاول مع بقاء العین و لو فی ملک الورثة کما هو قانون الفسخ و لا ینتقض قانونه بانتقال الترکة الی الورثة کما هو واضح ٠

و السرّ فی ذلک أن مقتضی ادلة الارث لفظیة کانت أو لبیة لیس أزید من کون ما یملکه المیت علی أی کیفیة کان منتقلا الی الورثة فان کان یملک أمواله بالملکیة المطلقة تنتقل تلک الاموال بتلک الکیفیة الی الورثة وان کان مالکا لها بالملکیة المقیّدة ینتقل الیه کذلک فان الدلیل دل أن ما ترکة المیت

فلوارثه ، و من الواضح أن الميت اذا ترك شيئا فى ملكه بالملكية المقيد لا يقتضى دليل الارث انتقاله الى الورثة بالملكية المطلقة كما هوواضح.

وعليه فان الميت كان مالكا للثمن أو المبيع مثلا فى البيع الذى له الخيار أو للمشترى بالملكية المحدودة بالفسخ لا بالملكية المطلقة لماذكرنا أن مرجع جعل الخيار فى العقد كالبيع مثلا الى تحديد الملكية بالفسخ بمعنى أن كل من البايع و المشترى مالك للعوض أوالمعوض بالملكية الخاصة المحدودة بالنهاية المعينة و هى الفسخ فاذا مات البايع مثلا وانتقل ماله الذى من جملته الثمن المأخوذ من المشترى الى الورثة فينتقل ذلك على تلك الكيفية الخاصة أى بالملكية المحدودة فكما أن ملكيته كانت تزول بايجاد الغاية و هى الفسخ فى حال حياته و كك تزول ملكية الورثة بايجاد تلك الغاية كما هو واضح ، وح فاذا فسخ العقد اما بفعل الورثة أو بفعل المشترى ينتقل كل من العوضين الى صاحبه أى ينتقل المبيع الى الميت و من الميت الى الورثة و ينتقل الثمن من الورثة الى المشترى لحصول غاية ملكيتهم المغياة من الأول و من حين البيع ، بل هذا أمر ارتكازى للمتشرعة فى باب الارث و عليه بناء العقلاء ، فانهم حاكمون بأنه اذا انتقل شىء من شخص الى الورثة لمكان مالكيته له انما ينتقل اليهم على الكيفية التى كان فى ملكه ، بل هذا ضرورى فى بيع الخيارى كما اذا باع أحد من شخص داره بالبيع الخيارى بقيمة رخيصة لاحتياجه الى ثمنه و جعل لنفسه الخيار الى مدة ليفسخ بعد ذلك ثم مات المشترى و هل للورثة ان يتملكوا الدار بالملكية المطلقة بدعوى أنها انتقلت اليهم فتكون مملوكة لهم بالملكية المطلقة ، بل ليس للورثة أن يخرجوا المبيع من ملكهم فى زمن الخيار للشرط الضمنى على الميت عند العقد فيعلم من ذلك أن ما ينتقل من الميت الى الوارث ليس مملوكا باجمعه بالملكية المطلقة بحيث يوجب الانتقال تبدل الكيفية أيضا ، بل مالكيتهم تابعة لمالكية الميت خاصة وعامة كما هو واضح .

فتحصل أنه اذا فسخ العقد بفعل الورثة أو بفعل شخص آخر الذى كان له الخيار انتقل مال كل الى مالكه الأول و لو كان منتقل الى الورثة ٠

نعم، لو تصرف الورثة فيما انتقل اليه فى غير ما يكون المعاملة عليه بالبيع الخيارى فان البيع الخيارى قد تقدم حكمه اما باتلافه حقيقة أو بما هو فى حكم الاتلاف كنقله الى غيره ببيع أو هبة أو نحوهما يكون ذلك فى حكم التلف فليس للمشترى مثلا أن يطالب الورثة عين الثمن و لا يفيد ما ذكرناه من كون الملكية محدودة فى المقام و السرّ فى ذلك بحيث يظهر منه حكم سائر النواقل غير الارث هو أن الوارث و ان كان يملك الثمن المنتقل اليه من الميت بالملكية المحدودة بالفسخ كما ان نفس الميت كان كذلك، الاّ أن ما كان محدودا انما هو هذه الملكية فقط و أما المملوك فهو مطلق و غير مقيد بشىء أى المملوك مملوك لمالكه مطلقا بحيث له ان يفعل فيه ما يشاء و كيف يشاء نظير أن شخص سلطانا لمملكة الى شهر و لكن كون سلطنته مقيدة ومحدودة بمدة لا يوجب كون نفوذ سلطنته فيمن له السلطنة عليه أيضا محدودا بتلك المدة، بل يمكن ان يكون نافذا الى الأبد الى مدة أزيد من مدة السلطنة و المثال الواضح لهذا سلطنة رئيس الوزراء فان سلطنته وان كانت محدودة و لكن مع ذلك ما يفعله نافذ الى أزيد مدة السلطنة كما هو واضح، و فى المقام أيضا كذلك حيث ان سلطنة من ملك شيئا بالبيع الذى فيه الخيار و ان كانت محدودة بالفسخ و هو مالك الى غاية خاصة، و لكن المملوك مملوك له على نحو الاطلاق فان كون المبيع ملكا له غير مقيد بوقت اصلا و عليه فاذا تصرف فيه فى اثناء سلطنته المحدودة تصرفا متلفا أو فى حكم الاتلاف كنقله الى غيره يكون ذلك نافذا الى الأبد و السرّ فى ذلك هو ما ذكرناه أن المحدود انما هو السلطنة و الملكية دون المملوك و من هذا ظهر الفرق بين الارث و النواقل الآخر أيضا لأنك قد عرفت أن أدلة الارث لا يقتضى

أزيد مما تقدم من كون الورثة مالكا للتركة على الكيفية التى كان المورثمالكا لها و أما فى النواقل الأخر حيث وقع بالمملوك الغير المقيد بشىء فيكون نافذا الى الأبد.

نعم، استثنى من ذلك البيع الخيارى فانه لا يجوز بيع المبيع بهذا البيع فى مدة الخيار و ذلك للشرط الضمنى و سيأتى ذلك فى خلال البحث فى أحكام الخيار، فانه لابدّ من البقاء المبيع الى تمام زمان الخيار فان انقضى زمان الخيار كان البيع لازما فان فسخ المشترى العقد يأخذ المبيع و يعطى بدل الثمن كما هو واضح، لا يخفى.

ثم ان المصنف (ره) قد ذكر فى آخر كلامه أن المقام يحتاج الى التنقيح أزيد من ذلك، وكتب السيّد فى حاشيته أنه لم ينقح المصنف المقام أصلا حتى يحتاج الى تنقيح أزيد كما أن الصورة الثالثة لم أر من يتعرض لها من الفقهاء و قد حققناها بحول اللّه و قوته، فلاحظ و تأمل.

قوله: لو كان الخيار لاجنبى و مات ففى انتقاله الى وارثه، الخ.

أقول: اذا كان الخيار للاجنبى و مات فهل يكون خياره للمتعاقدين أو للورثة أو يكون ساقطا وجوه، فاختار المصنف السقوط لأجل الشك فى مدخلية نفس الاجنبى اذا الخيار لم يجعل للاجنبى و لوارثه، بل للاجنبى و نتكلم فى ثبوت الخيار لوارثة بأدلة الارث و نحتمل أن يكون لخصوصية الاجنبى دخل فى اختصاص الخيار به.

أقول: أن ما ذكره المصنف (ره) من الحكم بالسقوط بموت الأجنبى متين و لكن لا من جهة ما ذكره من الوجه بداهة مدخلية الاجنبى فى ثبوت الخيار له فضلا عن الشك فيه فان الخيار ليس دائرته وسيعة بحيث يكون مجعولا للاجنبى و مع عدمه فلوارثه أو للمتعاقدين من الأول قطعا، بل انما جعل الخيار لخصوص الاجنبى و خصوصية الاجنبى دخيل فى الخيار قطعا ولكن

نتكلم فى ثبوته لوارثة بادلة الارث بأنه اذا مات الاجنبى فهل ينتقل خياره هذا الى وارثه أم لا و أى ربط لهذا لمدخلية خصوصية كونه للأجنبى فى الخيار كما هو واضح.

و عليه فيمكن أن يرث وارث الاجنبى خياره اذا صدق عليه أنه مما تركه الميت و ح فان كان مدرك ثبوت الخيار و انتقاله من الميت اليهم من جهة الاجماع فلا شبهة أنه دليل لبيّن ، فالمتيقن منه هو صورة كون الورثة لذى الخيار من المتعاقدين ، و ان كان مدركه الدليل اللفظى وعموم ما تركه الميت من حق أو مال فهو لوارثه فقد عرفت الاشكال فى ذلك.

و مع الاغمضاء ان الظاهر من الحق المتروك أن يكون لجلب المنفعة و لا منفعة للاجنبى فى ذلك ، والا فسخ العقد (و ان كان يمكن منعه بانه قد يعطى احد مالا له ليفسخ العقد أو امضاء على أنه منقوض بثبوت الخيار لورثة المتعاقدين فى صورة استغراق الدين التركة من المقرر).

ثم ان المحكى عن القواعد أنه لو جعل الخيار لعبد أحدهما فالخيار لمولاه و وجهه المصنف بانه يحتمل أن يكون ذلك من جهة عدم نفوذ فسخ العبد و امضائه بدون اذن مولاه ، و لكن لا نعرف وجها صحيحا لما ذكره فى القواعد و لما ذكره المصنف من التوجيه بداهة أن ارجاع الامر الى عبد الغير من الوكالة وغير ذلك قد يكون تصرفا فيه و يكون ذلك تصرفا فى ملك مولاه فمثل ذلك لا ينفذ بدون اذن مولاه كما اذا أمر عبد غيره أن يمشى الى السوق و يشترى له متاعا أو أمره بالخياطة و البناية و نحو ذلك فان مقتضى قوله تعالى عبدا مملوكا لا يقدر على شئ أنه ليس للعبد و لا لغيره أن يتصرفوا فيه بمثل هذه التصرفات.

و قد ورد فى رواية أنه سئل الامام عليه السلام عن طلاق العبد زوجته فقال الامام عليه السلام : لا ، و استدل بقوله تعالى عبدا مملوكا لا يقدر

على شيء و ذكر أنه شيء لا يقدر عليه العبد و قد يكون ما يرجع الى عبد الغير من الأمور التى لا يكون تصرفا فى سلطنة مولاه ، و لا يكون مزاحما لاستيفاء منافعه بوجه من الوجوه كأن يوكله أحد فى اجراء عقد من النكاح وغيره فان ذلك أمر لا يزاحم المولا و لا يكون تصرفا فى ملكه بدون اذن و لا دليل على عدم نفوذ مثل هذه الافعال من العبد (كما أنه لا يتوهم أحد أن تصور العبد شيئا بدون اذن المولى و اطلاعه حرام و هذا أيضا نظير التصورات القلبية مقرر).

و أما اذا مات هذا العبد الذى جعل له الخيار فقد ظهر مما ذكرناه أنه لا ينتقل الى وارثه ، و أما توهم انتقاله الى مولاه بديهى الفساد لعدم كونه وارثا للعبد وكون أموال العبد راجعا الى مولاه ليس من جهة الارث بل من جهة أن العبد لا يملك ، و اما بناء على كون مالكيته فى طول مالكية المولى لا فى عرضه فيكون أمواله راجعا الى مولاه كما هو واضح.

قوله : مسألة و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار

أقول : قد تقدم فى خيارى المجلس و الحيوان أنما يكون مسقطا للخيار و امضاء له امران :-

الاول : ما يكون مصداقا للاسقاط بحيث يكون ذى الخيار معتبرا لكون العقد لازما و باقيا و يظهره بمبرز سواء كان ذلك المبرز هو الفعل أو القول فان ذلك أى اسقاط الخيار كبقية الأمور الانشائية يحتاج الى الاعتبار أولا ، و الى الاظهار ثانيا ، بحيث يكون مسقطا له بالحمل الشايع وهذا لا شبهة فيه ، و بهذا اشار الامام عليه السلام فى جملة من الروايات و ذلك رضى بالعقد أى مصداق لاظهار الاسقاط لا أن الرواية تدل على كون التصرف مسقطا للخيار تعبدا ، بل يعلل أن كون مسقطا من جهة الرضا بالعقد و قصد ذى الخيار الاسقاط كما هو واضح.

الثانى : أن يكون مسقطا تعبدا و ان لم يكن مصداقا للاسقاط بالحمل الشايع. بل لم يقصد المتصرف سقوطه أو قصد عدمه و لكن التعبد الشرعى أوجب سقوطه بذلك كالتقبيل و اللمس و النظر الى ما لا يحل النظر اليه فان ذلك كله يوجب سقوط الخيار تعبدا أو لم يكن هنا تصرف أصلا فى شىء من العوضين كالتفرق الموجب لسقوط خيار المجلس فانه يوجبه تعبدا كما هو واضح. و قد تقدم ذلك كله و الكلام هنا فى أن ما يوجب سقوط الخيار هل يوجب تحقق الفسخ به أيضا أم لا ؟ الظاهر أنه لا شبهة فى أن ما يكون مصداقا لسقوط الخيار فهو مصداق للفسخ أيضا ، سواء كان بالقول أو بالفعل أو بغير ذلك ، فمن هذه الجهة لا فارق بينهما ، هذا لا شبهة فيه ٠

و انما الكلام فى أن ما يكون موجبا لامضاء العقد و سقوط الخيار من التصرف اما لكونه مصداقا للسقوط أو تعبد اذا وقع على ما انتقل الى ذى الخيار بأن تصرف المشترى فى الحيوان مثلا أو ما اشتراه من المتاع فى مجلس العقد و هل يكون ذلك فسخا تعبدا أو لكونه مصداقا له اذا وقع على ما انتقل عنه بان باع زيد جارية قبلها بعد التسليم أو نظر الى ما لا يحل النظر اليها أو لامسها أو لا يوجب الفسخ . فقد ذهب جمع من العلماء الى الثانى و أن الفسخ يتحقق بذلك كما أن الامضاء كان متحققا بها اذا وقعت على ما انتقل الى المتصرف ،أقول : ان كان التصرف فيما انتقل عنه مصداقا للاسقاط فلا شبهة فى كونه موجبا للفسخ و مصداقا له كما كان مصداقا للامضاء أيضا و ان لم يكن ذلك مصداقا للاسقاط اذا وقع على ما انتقل اليه ، بل يكون مسقطا تعبدا كما اذا تصرف بها و لم يكن ذلك بنفسه مصداقا للفسخ و لا أنه قصد كونه مصداقا له فلا يكون موجبا للفسخ اذا وقع على ما انتقل عنه لا من جهة التعبد لكونه ثابتا فى التصرف فيما انتقل اليه ،فلا يمكن تسريته الى التصرف الواقع على ما انتقل عنه كما اذا باع جارية ثم قبلها أو

لامسها أو نظر الى ما لا يحل النظر اليها و لا من جهة كونه مصداقا للفسخ لماعرفت أنه لم يكن مصداقا للامضاء و لسقوط الخيار و امضاء العقد فلايكون مصداقا للفسخ أيضا ، كما هو واضح ، لأن كلا منها يحتاج الى الاعتبار و الاظهار، فالتصرفات المذكورة غير قابلة لذلك.

وعلى الجملة ان كان التصرف على نحو يكون مصداقا للفسخ بحسب المتفاهم العرفى و ان لم يعلم قصد الفاسخ أوعلم قصده بأنه اراد بفعله هذا فسخ العقد لا شبهة فى تحقق الفسخ بذلك كما يتحقق به الامضاء و ان لم يكن كك، بل كان ذلك امضاء للعقد من جهة التعبد فقط فلا يكون فسخا للعقد قياسا كما هو واضح ، فان تسرية من مورده و هو التصرف فيما انتقل اليه الى التصرف فيما انتقل عنه هذا كله فى مقام الثبوت.

و أما فى مقام الاثبات فاذا تحقق الامور المذكورة من اللمس والنظر و التقبيل بأن أوقع الامور المذكورة فيما انتقل منه فهل تكون ذلك أمارة على كون البايع مثلا قاصدا للفسخ أم لا ،و الفرق واضح بين المقام وبين ماتقدم فى مقام الثبوت، فان الكلام هناك فى كونه مصداقا للفسخ مع القصد وعدم كونه مصداقا له مع عدمه و فى المقام البحث فى كاشف القصد بأنه يكشف عند الظهور أم لا ؟ فافهم ذكر المصنف أن الامر هنا أسهل بناء على أن ذا الخيار اذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لا يجوز شرعا الاّ من المالك أو باذنه دل ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا على ارادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف و نقل ذلك عن بعض الفقهاء أيضا كالعلامة و غيره.

ثم ذكر أن اصالة حمل فعل المسلم على الجائز من باب الظواهر المعتبرة شرعا كما صرح به جماعة كغيرها من الأمارات الشرعية فيدل على الفسخ لا من الاصول التعبدية حتى يقال انها لا تثبت لوازمها ،و ذكر أن ذلك حقق فى الاصول.

أقول : ذکر فی الاصول أمران ، أحدهما : أن لوازم الاصول لیست بحجة بخلاف لوازم الأمارات فانها تثبت بها کما تثبت الدلالات المطابقیة، وذکرنا نحن أیضا فی البحث المذکور أنه لا فارق فی ذلک بین لوازم الاصول و لوازم الأمارات فانها فی کلیها لا تثبت الاّ اذا قام الدلیل علی ثبوتها و حجیة الأمارات بالنسبة الیها کما أنها حجة فی الدلالات المطابقیة و قد قام بناء العقلاء علی ثبوت تلک اللوازم فی الأمارات التی کانت من قبیل الالفاظ فانه کما قام علی حجیة الظواهر و اعتبار الدلالات المطابقیة بحسب ما یستفاد من ظواهر اللفظ و کذلک قام علی ثبوت لوازمها أیضا وحجیتها بالنسبة الیها و ذلک کالروایات و القرآن و من القبیل الاقاریر و الجامع أن کل ما یکون فی مقام التکلم و الافادة و الاستفادة و المرافعات وغیرها من قبیل الالفاظ تثبت فیها ببناء العقلاء لوازمها کما تثبت مدلولاتها المطابقیة أیضا کما هو واضح.

و أما اذا لم یکن من هذا القبیل فلا تثبت اللوازم بثبوت الملزوم ، و مثلنا لذلک هناک بأنه ورد أنه اذا اشتبت القبلة یتحرّی من اشتبه علیه ذلک فیأخذ ما هو احری فان الظن و ان کان حجة هنا للمتحری و لکن لا یثبت بذلک لوازمه کالوقت مثلا بأن یثبت بکون القبلة هذا الطرف الخاص المظنون الظهر مثلا ، یحکم بان الشمس اذا وصلت الی النقطة الفلانیة یحکم بتحقق الظهر ، و مقامنا من هذا القبیل حیث انه علی تقدیر أن حمل فعل المسلم علی الجائز و الصحیح من الأمارات و لکن لا یثبت بها لوازمها لعدم الدلیل علیه ، ففی المقام غایة ما یستفاد من السیرة أو من الروایات کقوله علیه السلام ضع فعل اخیک علی احسنه ، و نحو ذلک أن نحمل فعل ذی الخیار الواقع علی ما انتقل عنه علی الصحیح و أنه لم یفعل محرما و أما أنه فسخ العقد لکونه لازم کون فعله صحیحا لا یثبت بذلک کما هو واضح.

الأمر الثاني : ما ذكره المصنف أيضا و نحن تبعناه من أن الثابت في الشريعة المقدسة انما هو حمل فعل المسلم على أحسنه و على الوجه الصحيح كما أذا صدر فعل من شخص و احتمل كونه حراما أو حلالا فلابدّ من أن يحمل على الصحيح وعلى الجائز بأن لا يعامل معه معاملة الفساق من جهة ترتيب أثر الفعل المحرم على ما صدر منه و مثل لذلك بأنه اذا تجاز شخص عن شخص و تكلم بكلام و احتملنا أنه تسب و احتملنا أنه سلم فان مقتضى حمل فعل المسلم على الصحة أن يقال أنه لم يصدر منه السب لأن المسلم لا يفعل محرما و لا يباشره ،و أما اثبات أنه سلّم بحيث يجب رد جوابه فلا ، لعدم الدليل عليه ،و هذا الذي ذكره(ره) في قاعدة حمل فعل المسلم على الصحة في الاصول و أنها لا تثبت لوازمها متين جدا ، و لا يمكن المساعدة على ما ذكره في المقام كما هو واضح.

وعليه فالمسلم انما هو حمل فعل المتصرّف على الوجه الجائز وأنه لم يفعل حراما انشاء الله ،و أما فسخ العقد لكونه لازم عدم صدور الحرام منه فلا دليل عليه كما هو واضح ، هذا كله فيما اذا لم يعلم أن التصرف انما صدر منه عن علم والتفات أوعلم أنه تصرف عن غير علم و أما اذا علم أنه تصرف في ذلك غفلة عن بيعه ذلك أو نسيانا فان الأمر هنا أوضح فانه لم يحتمل أحد بل لا يحتمل أنه فسخ العقد بذلك التصرف كما هو واضح.

فتحصل أن حمل فعل المسلم على الصحة و ان التصرف لم يكن محرما لا يدل على الفسخ تعبدا لكونه لازما لحمل فعل المسلم على الصحة الذي من قبيل الامارات فتحصل أن حمل فعل المسلم على الصحة ليست من الأمارات بل من الأصول العملية فلا تثبت به لوازمه و هو تحقق الفسخ به و على تقدير كونه من الأمارات فلا دليل على حجيّة لوازم مطلقا الأمارات لفظية كانت أم غيرها ، كما هو واضح.

هذا كله فيما اذا كان التصرف مما يحرم تعلقه بملك الغير كالتصرفات الخارجية و لذا احتاج الى حمله على الصحة ·

و أما اذا لم يكن من التصرفات المحرمة كما اذا لم تكن خارجية ، بل من التصرفات الاعتبارية التى يجوز تعلقها بملك الغير أيضا من غير أن يكون محرمة تكليفا و ان كان نفوذه وضعا يحتاج الى الاذن و ذلك كالبيع والهبة و العتق و نحوها ، فان مثل هذه التصرفات الاعتبارية يصح تعلقها بمال الغير فضولة ، فلا يكون محرما·

و دعوى أن الفضولية لا تجرى فى مثل العتق و نحوه من الايقاعات للاجماع و ان كانت صحيحة الاّ أن ذلك لا يدل على تحقق الفسخ لاحتمال الغفلة و الاشتباه و الجهل فى حق المتصرف وعليه فاذا تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه تصرفا اعتباريا ناقلا كالبيع و الهبة و العتق و نحوها فانه لا شبهة فى أن الظاهر من هذه التصرفات أنها وقعت فى ملكه اذ لا بيع الاّ فى ملك و لا عتق الاّ فى ملك و لا يجوز هبة مال الغير فيكشف ذلك عن أنه فسخ بنفس هذه التصرفات و ان كان لا بأس بجواز بيع مال الغير فضولة الاّ أنه على خلاف ظاهر هذه الافعال ، بل لا يقع عتق مال الغير صحيحا للاجماع و للتسالم على عدم جريان الفضولى فى الايقاعات كالعتق و الطلاق ، و لكن الكلام فى حجية هذا الظاهر و ان كان هو موجودا فان كل ظاهر ليس بحجة ، فانه كان حجيّته بالظن الحاصل من ذلك الظاهر ، فان المظنون أن الانسان اذا باع مال نفسه أو عتق مال نفسه و هكذا فلا دليل على حجيته الاّ من جهة الغلبة و لا حجة للظن الحاصل منها ·

و بعبارة أخرى أن مدرك حجية هذا الظهور أن كان هو الظن فلا دليل على حجيته و ان كان شىء آخر من الأدلة الخاصة فلم نر دليلا خاصا على اعتباره كما هو واضح·

و قياس المقام بحجية ظواهر الألفاظ قياس مع الفارق بداهة أن الوجه في حجية ظواهر الالفاظ هو الوضع بمعنى أن العقلاء تعهدوا على كلما أرادوا شيئا فلانيا مثلا أن تيكلموا بلفظ فلاني و بنوا أيضا على أنه اذا تكلم أحد بكلام له ظاهر في معناه الموضوع له يؤخذ بظهور كلامه و الاّ فلا دليل على حجية مطلق الظواهر كما هو واضح.

و ربما يقال انه اذا باع ذي الخيار مثلا ما انتقل عنه فيحتمل أنه باع ذلك عن مالكه الفعلي فضولة و يحتمل أنه باعه عن نفسه أصالة و لكن فسخ العقد ببيعه هذا ، فالاصل عدم قصده بيع ذلك عن غيره .

و فيه أولا : أن هذا الاصل مثبت لأن فسخ العقد من لوازم عدم قصد البيع عن غيره لا نفسه و الاصل المثبت ليس بحجة .

و ثانيا : أنه لا يعتبر القصد في بيع مال الغير فضولا كما لا يعتبر ذلك في بيع مال نفسه ، بل يكفي مجرّد قصد البيع و ابرازه بمبرز ، و قد ذكرنا في أول البيع أن حقيقة البيع هو هذا .

و عليه فلا قصد هنا حتى ننفيه بالأصل و هذا واضح ، نعم يعتبر ذلك في بيع الكلي كما تقدم في بيع الكلي بداهة أنه لا يتعين بدون الاضافة الى ذمة معينة سواء كانت ذمة نفسه البايع أو شخص آخر ، وانما يتعين الكلي بالاضافة الى محل خاص و تقيده بقيد خاص ولكنه أجنبي عن المقام كما هو واضح .

و بالجملة فلا يمكن اثبات كون التصرفات الواقعة على ما انتقل عنه فسخا للعقد لا بمقتضى حمل فعل المسلم على الصحة و لا بظهورها في الفسخ ، و لا بالاصل العملي كما مر ، فافهم .

قوله : مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف ؟

أقول : اذا قلنا بان التصرف يحصل به الفسخ سواء كان خارجيا تكوينيا أو اعتباريا ، و هل يحصل به الفسخ قبل وقوعه و تحققه أو بعده أو في اثنائه

وجوه ربما يقال بالأول كما عن التذكرة بدعوى أن الاسلام يصان بـه المسلم عن القبيح ، فلو قلنا بعدم حصول الفسخ قبل التصرف فلابدّ و أن يقع جزء منه أو تمامه محرما و هو ينافى حمل فعل المسلم على الصحة وصيانة الاسلام المسلم عن ارتكاب القبيح و اذن فلابدّ و أن يكون التصرف كاشفا عن وقوع الفسخ قبله و استدلوا على مرامهم بالروايات الدالة على لزوم العقد بالتصرف معللا بانه رضى بالعقد ، فانه يكون كاشفا عنه بعد الوقوع ، و حملوا على ذلك كلمات جملة من الأعلام و لا يمكن أن يحصل الفسخ بنفس تلك المتصرفات الاعتبارية بداهة أن حصول الملك بالبيع مثلا يحتاج الى حصول الفسخ، و حصول الفسخ لو توقف بمثل هذه التصرفات لزم الدور ·

و فيه أولا : أنا ذكرنا آنفا أن التصرف على تقدير كونه موجبا للفسخ انما هو من باب كونه مصداقا للفسخ لا كاشفا عنه ، فلا معنى لكونه كاشفا عنه على أنه لو كان الأمر كك ، فلازمه ان يكون الارادة فسخا فان ما هو قبل الفسخ هى الارادة و من الواضح أنه ليس بفسخ ، بل ارادة فسخ كما هو واضح ·

و ثانيا : أن لازم ذلك أن لا يحصل الفسخ باللفظ أصلا فانه يكون كاشفا عنه لعدم الفارق بين كون الفسخ باللفظ أو بغيره وهو خلاف الضرورة بين الفقهاء فانهم حكموا بكون الفسخ محققا باللفظ أيضا ·

و أما الروايات الدالة على تحقق الرضا بالتصرف فلا شهادة فيها على ذلك بداهة أن معنى الرضا هنا عبارة عن للامضاء أى التصرف رضاء بالعقد و امضاء له ضرورة أنه لا معنى لحمل الرضا الذى هو أمر قلبى على الفعل التكوينى الخارجى ،فيكون الروايات الدالة على حصول الرضا بالتصرف اجنبية عن القول بحصول الفسخ بعد التصرف لكونه كاشفا عن الفسخ وبعبارة أخرى الرضا له معنيان أحدهما الرضا القلبى و الثانى الرضاء الخارجى، و المراد

منه فی المقام الثانی بمعنی أن التصرف امضاء للعقد و انفاذا له و اجازة و رضاء علمی به لا أنه رضاء قلبی و القرینة علی کون الثانی مرادا هو عدم صحة حمل الأمر القلبی علی الفعل الخارجی کما هو واضح ،و یمکن حمل کلمات الفقهاء أیضا علی ذلك فان حکمهم بکون التصرف رضاء بالعقد لعله من جهة کون بنائهم علی کون التصرف مصداقا للرضا العلمی و للامضاء و الاجازة ۰

و من هنا التجأ بعضهم الی کون الفسخ حاصلا بعد تحقق التصرف فی الخارج و ح فیکون التصرف مصداقا للفسخ ۰

و لکن یرد علیه أن لازم ذلك وقوع التصرف الاعتباریة کلها فی ملك الغیر فاذا باع یکون بیعه فی ملك الغیر و اذا وهب أو عتق یکون کل ذلك واقعا فی ملك الغیر ، فیلزم أن الأمور المذکورة لم تقع فی ملك نفس الانسان المتصرف ۰

نعم ، لا بأس به بناء علی جواز بیع الانسان شیئا ثم ملکه الا أنه لا یجری فی مثل العتق للاجماع علی أنه لا یجری الفضولیة فی الایقاعات کما عرفت ، بل ربما یکون التصرفا حراما و اذا ترتب علیه الأثر و هو الفسخ ، و تملك الفاسخ المال المنتقل عنه کما اذا کانت التصرفات خارجیة کالتقبیل و الوطی و اللمس فی الجاریة و غیر ذلك من التصرفات التکوینیة الخارجیة و هذا کله لا یمکن الالتزام به و قد اختار المصنف معنی متوسطا بین کون الفسخ حاصلا من الأول و قبل التصرف أو بعده ۰

و قال بما حاصل کلامه : أن المراد بالبیع هو النقل العرفی الحاصل من العقد لا نفس العقد لأن العرف لا یفهمون من لفظ البیع الا المعنی المأخوذ من العرف فی قولهم بعت و علیه فالفسخ الموجب لملك الفاسخ ، المال المنتقل عنه انما یحصل بأول جزء من التصرف الاعتباری أو الخارجی

و أما النقل و التملك العرفى ، انما يحصلان بتمام التصرف أى بالبيع والعتق مثلا .و ح يقع البيع أو العتق أو غيرهما من التصرفات القولية عقدا كان أو ايقاعا فى الملك و لا دليل على كون البيع أو العتق و غيرهما من التصرفات القولية واقعا فى الملك بجميع أسبابها و مسبباتها ، بل يكفى فى وقوعها فى الملك أن يقع فيها عند تمام السبب أى و يحصل المسبب فى الملك وأما لا بدّ و أن يكون سببه أيضا بجميع اجزائه حتى الجزء الاول فى الملك. فلا دليل عليه كما هو واضح.

ثم التزم بحرمة الجزء الأول تكليفا فى التصرفات الخارجية كالوطى و التقبيل و نحوهما .و لكن هذا لا ينافى حرمة ذلك حصول الفسخ به وضعا أى لا ينافى حرمة السبب من بعض الجهات صحة حصول المسبب ، كما لا يخفى .

ثم قال وبالجملة فما اختاره المحقق و الشهيد الثانيان لا يخلو عن قوة و به ترتفع الاشكال عن جواز التصرفات وضعا و تكليفا و كذا لا ندرى أنه كيف يرتفع الاشكال بما ذكره عن جواز التصرفات وضعا و تكليفا مع أنه رحمه الله صرّح قبل اسطر بحرمة الجزء الأول من التصرفات الخارجية وأيضا كيف ظهر من كلامه أن الحق ما ذهب اليه المحقق و الشهيد الثانيان مع أنهما ذهبا الى حصول الحل و الفسخ قبل التصرف بالقصد المقارن كما تقدم رأيهما قبل اسطر فى كلامه .

و الحاصل : أن الكلام فى تحقق الفسخ بالتصرف فى ما انتقل عن ذى الخيار الى غيره بأنه هل يحصل الفسخ قبل التصرف و التصرف كاشف عنه أو بعده أو يحصل فى اثناء التصرف وجوه .و قد ذكر غير واحد أنه يحصل قبل الفسخ بدعوى صيانة الاسلام المسلم عن فعل القبيح ،فلابدّ من الالتزام بحصول الفسخ قبل التصرف، لئلا يكون امثال البيع و العتق و غيرهما من

التصرفات الاعتبارية تصرفا فى ملك الغير، و لئلا يكون مثل الوطى و التقبيل و امثال ذلك من التصرفات الخارجية محرّمة تكليفا، و لكن ذكرنا أنه واضح البطلان من جهة أن البيع و غيره من التصرفات الاعتبارية و كك التصرفات الخارجية بنفسها مصداق للفسخ و مبرز له لا أنه كاشف عن تحقق الفسخ قبلها، و الاّ فلابدّ و أن يكون الفسخ محققا بارادة الفسخ، و من الواضح أن ارادة الفسخ ليس بفسخ على أنه مخالف لكلمات الفقهاء القائلين بأن الفسخ يتحقق بنفس التصرف، و يضاف الى ذلك أن لازم ذلك هو عدم تحقق الفسخ باللفظ أيضا، بل لابدّ و أن يكون ذلك كاشفا عنه لعدم الفرق فى ذلك بين اللفظ و غيره، و هو بديهى البطلان، لحكم جمع من الاعلام بأن الفسخ يتحقق باللفظ و كيف كان فهذا الوجه لا يمكن الذهاب اليه، كما هو واضح على أنه ذكر المصنف و غيره بأن الفسخ لا يحصل بالنية و البناء القلبى، بل هى من الأمور الانشائية فلابدّ و أن يتحقق بالاظهار بمبرز فبمجّرد ارادة الفسخ لا يتحقق الفسخ كما هو واضح.

و قد تقدم الاستدلال على ذلك بروايات لسقوط الخيار بالتصرف كقولهم عليهم السلام و ذلك رضى بالعقد و الجواب عن ذلك فى البيان الأول فراجع و من هنا التجأ بعضهم الى أن الفسخ انما يتحقق بعد التصرف و يكون حاصلا بعد تمامية السبب.

و فيه أن لازم ذلك أن يكون التصرفات الاعتبارية من البيع و الهبة و العتق واقعة فى ملك الغير و الالتزام بجواز بيع مال الغير ثم تملكه و أن كان متينا و لكنه لا يتم فى العتق حيث انه وقع التسالم بين الفقهاء بعدم صحة العتق بالاجازة المتعقبة و عدم جريان الفضولية فيه فلا يمكن رفع الاشكال بهذا الالتزام.

و أما التصرفات الخارجية من الوطى و التقبيل و غير ذلك فتكون محرّمة

تكليفا و الحال أنه وقع التسالم على حصول الفسخ بالتصرفات الاعتبارية و الخارجية من غير أن يلزم منه محذور كما هو واضح.

و قد اجاب المصنف عن الاشكال بالالتزام بالأمور المتوسط وحاصله أن التصرفات الوضعية فانما يحصل الفسخ بها بالجزء الأول و يحصل النقل و الانتقال بتمامية السبب غاية الأمر لا يكون تمام السبب فى ملك البايع أو المعتق و هذا لا دليل عليه بأن يكون تمام السبب واقعا فى ملك البايع و انما المسلم هو لزوم كون البيع واقعا فى ملك والمفروض أنه وقع فيه و بهذا يحمل الأخبار الدالة على أنه لا بيع الاّ فى ملك ولا عتق الاّ فى ملك فان الظاهر منها أن يكون البيع واقعا فى الملك وكذا العتق و أما أن يكون تمام سببها أيضا واقعا فى الملك فلا يقتضيه الدليل و السرّ فى هذا الالتزام هو أن المراد من البيع هو البيع العرفى و هو النقل و الانتقال المعبّر عنه بمبادلة مال بمال و لا شبهة فى حصول المبادلة و النقل و الانتقال هنا بنظر العرف و أن كان جزء سبب ذلك واقعا فى ملك الغير فان ذلك لا يضرّ بالمسبب الذى يسمى بيعا أو غيره من المعاملات.

و بعبارة أخرى البيع الحقيقى و واقع البيع عبارة عن المسبب الذى هو البيع العرفى المسمى بالمبادلة و هو حاصل فى ملك البايع و كذلك العتق و أما السبب فليس بواقع البيع و حقيقته فلا محذور فى وقوع جزء منه فى ملك الغير.

و أما فى التكليفيات فلم يدفع الاشكال و التزم بكون التصرفات الخارجية محرمة بالنسبة الى الجزء الأول نعم ذكر فى النتيجة أن الاقوى ما ذكره الشهيد و المحقق الثانيان بالنسبة الى الجواز التكليفى و الوضعى ولكنه لم يبين وجه ذلك و دليله فيبقى الاشكال على حاله كما هو واضح ، هذا، محصل كلام المصنف.

و لكنه لا يمكن المساعدة عليه فيما ذكره في الوضعيات أيضاوذلك لأن ما تقدم من الاشكال على كون التصرف مسقطا قبل العقد جار هنا أيضا ، فان ذلك يرجع الى كون ارادة الفسخ مسقطا أو ليس بمسقط بداهة أن الجزء الأول من التصرف بنفسه ليس مصداقا للفسخ حتى يقال انه حصل الفسخ بنفس الجزء الأول و اذن فلابدّ من الالتزام بكونه كاشفا عن ارادة الفسخ و يكون ذلك هو المسقط كما هو واضح ، لا يخفى فافهم ، على أنه لو حصل الفسخ بالجزء الأول من الفعل لحصل بالجزء الأول من القول أيضا كالتكلم بكلمة بع من دون أن يعقب ببقية الصيغة مع أنه لم يلتزم به أحد على أن لازم ذلك أنه لو ندم بعد ايجاد الجزء الأول من التصرف عن البيع أن يلتزم بالفسخ و يقال انه حصل بمجرّد لفظ (بع) و هذا أيضا بديهي البطلان و لم يلتزم به أحد فيما نعلم ، بل المصنف أيضا فلا وجه للذهاب الى أن الجزء الأول من التصرف يكون مسقطا كما هو واضح.

و التحقيق أن يقال انه تارة يقع الكلام في الوضعيات و أخرى في التكليفيات، أما الكلام في الأولى فأيضا يقع في جهتين الأولى في العقود و الثانية في الايقاعات أيضا .

أما الجهة الاولى : فنلتزم فيها بأن الفسخ انما في الانشاء و لكن لا على النحو الذي ذكره المصنف، بل بالايجاب فقط فانه بعد ما تم سواء كان بالفعل أو بالقول كان ذلك مصداقا للفسخ و ايجابا للبيع و لم يتحقق البيع به بعد حتى يقال ان الفسخ قد حصل بعد التصرف فيقع في ملك الغير بداهة أن البيع لم يتم بالايجاب الساذج ، بل يتوقف تماميته بتحقق القبول بعده و بالقبول يتحقق تمام البيع فلا يكون البيع بما هو بيع في ملك الغير، بل الايجاب فقط و من الواضح أنه ليس ببيع، بل كونه بيعا معلق على مجيء القبول و تحققه في الخارج فكأنه قال البايع بعتك على تقدير تحقق القبول

من القابل و لا يضرّ التعليق هنا فان توقف الايجاب على القبول و تعلقه عليه من طبيعى البيع و بقية العقود فهو فى مثل ذلك ضرورى ·

و قد ذكرنا فى أول البيع فى أنه مبادلة مال بمال أن مثله لا يضر حيث ذكرنا أن البيع ليس مطلق المبادلة ، بل المبادلة الخاصة أى على تقدير قبول المشترى و كونه تعليقا لا يضر فانه طبيعى البيع و من الأمور الضرورية فانه لا يبيع البايع متاعه مطلقا و لو لم يقبل الآخر ، بل على تقدير قبول الآخر كما هو واضح ، و وقوع الايجاب فقط فى ملك الغير لا يضر بالبيع لما ذكره المصنف من أن ما يضر بالبيع هو وقوع ذلك فى ملك الغير لا ما هو جزء السبب فانه لا يزيد من اللفظ كقوله بعتك المتاع الفلانى فلا يقال بمجرّد وقوع الايجاب من اللفظ و غيره فى ملك الغير أن البيع وقع فى ملك الغير ضرورة أن البيع عبارة عن المسبب و هو بعد لم يتحقق بالايجاب و كيف يكون واقعا فى ملك الغير و لا دليل أيضا على عدم جواز وقوع السبب فى ملك الغير و الروايات الدالة على أنه لا بيع الاّ فى ملك انما هى ناظرة الى عدم تحقق البيع (الذى هو المسبب و البيع العرفى الذى هو النقل و الانتقال كما فى المتن) الاّ فى ملك لا ما هو جزء السبب أعنى الايجاب الساذج ·

أما الجهة الثانية : اعنى الايقاعات فالجواب المتقدم و ان لم يكن جاريا هنا و لكن يمكن الجواب عن الاشكال هنا بمثل ما التزم به المشهور فى المعاطات من كونها مفيدة للاباحة أن الملكية فى مثل اعتق عبدك عنى انما تحصل آنا ما ثم يعتق العبد و ذلك لا من جهة اقتضاء الدليل العقلى أو العرفى ذلك ، بل من جهة الجمع بين الأدلة حيث ان مقتضى الروايات أنه لا بيع الاّ فى ملك و أن مقتضى تسلط الناس على اموالهم هو وقوع العتق عن الغير فمقتضى الجمع بينهما أن الملكية انما تحصل آنا ما بحيث لا يترتب عليها أى آثار فرضتها الاّ العتق و قلنا ان الالتزام بذلك الذى يسمى بالملكية

التقديرية ليس مجرّد فرض كما ربما يتوهم من التعبير بالملكية التقديرية بل لها حقيقة و أن الملكية تحصل حقيقة و واقعا غاية الأمر أن زمانه قليل و ان هذه الملكية غير قابلة لأن يترتب عليه أثر غير العتق فقط.

و مثل هذا الكلام نلتزمه هنا أيضا بان يقال انه تحصل الملكية الآنية الحقيقية التى تسمى بالملكية التقديرية للمتصرف ثم يعتق.

و بيانه أن الفاسخ اذا تكلم بصيغة العتق فقبل أن تتم الصيغة بأن يبقى منها حرف واحد فقط نلتزم بحصول الملكية الآنية بين هذا الحرف الباقى و ما تحقق منها فنحكم بوقوع العتق فى الملكية فان العتق انما يحصل بعد تمامية الصيغة أجمع بحيث لا يبقى منها حرف واحد لكونها سببا للعتق لا ما هو جزء من الصيغة فانه جزء السبب فلا يتحقق المسبب الذى هو العتق الاّ بتمامية سببه. و قد عرفت أنه لا محذور فى وقوع مقدار من سبب البيع و العتق فى ملك الغير لأنه لم يدل دليل على أنه لا بدّ و أن يكون سبب العتق واقعا فى ملك. بل انما دل على وقوع المسبب فيه و عدم وقوعه فى ملك الغير و هو العتق كما هو واضح.

نعم، عند ايجاد السبب لم يحصل العتق، بل هو متوقف على تمامه فيكون حصول العتق معلقا على حصول الملكية الآنية المتوقفة على تحقق الفسخ و قد فرضنا أنه أى الفسخ يحصل بايجاد السبب الاّ الجزء الأخير منه فمن زمان الاشتغال بايجاد السبب الى زمان تحقق الجزء الأخير منه لا بدّ و أن يلتزم بالتعليق و لكن مثل هذا لا يضر بالعقد لكونه تعليقا على الموضوع و التعليق بالموضوع لا يضرّ كما اذا قال بعتك المتاع الفلانى على تقدير كونه موجودا و هذا الجواب يجرى فى العقود أيضا اذا منعنا عن وقوع الفسخ بالايجاب فقط فانه يلتزم بالملكية التقديرية فى الآن الاخير من زمان تمامية القبول من ناحية المشترى و من جميع ما ذكرناه ظهر لك أن ماذكره بعضهم

من لزوم الدور على تقدير الالتزام بحصول الفسخ بالتصرف لا يرجع الى محصل وتقريب الدور هو أن البيع يتوقف على الملكية أى حصولها للبايع و حصولها للبايع يتوقف على الفسخ والفرض أن الفسخ لا يحصل الاّ بالبيع الذى يتوقف على الملكية ، فلزم الدور المستحيل لا لما ذكره الشهيد (ره) من كون الدور معيّا اذ لا نفهم أنه ماذا اراد من كلامه هذا بداهة أن الدور المعى انما هى فى المتلازمين الذين معلولان لعلة واحدة كالبنتين الموضوعتين على هيئة خاصة و لا نعقل هذا المعنى فى المقام فان الدور لو كان فانما هو توقفى لا معى ، و لكن الذى يسهل الخطب أنه لا دور فى المقام ، هذا كلّه فى الوضعيات فقد اتضح أنه لا اشكال فى تحقق الفسخ بذلك ٠

و أما الحال بالنسبة الى الحكم التكليفى فى التصرفات الخارجية فقد ذكر المصنف أولا أنه يحرم التصرف الخارجى فى الجزء الأول تكليفا ثم ذكر و بالجملة فما اختاره المحقق و الشهيد الثانيان فى المسئلة لا يخ عن قوة و به ترتفع الاشكال عن جواز التصرفات تكليفا و وضعا و لم يبيّن وجه ذلك أقول تارة نقول أن جواز التصرف فى المال هو مترتب على كونه ملكا له قبل هذا التصرف قبلية رتبية ، فلو لم تحصل الملكية للمتصرف بعد وانما تحصل الملكية بنفس التصرف لا يجوز ذلك و لا يكفى فى الجواز التكليفى الاّ أن يترتب التصرف على الملكية ٠

و أما لاتحاد الزمانى فلا يكفى فى الجواز التكليفى و ان حصل الفسخ بذلك وضعا وكك التصرف فى الامة و هذا نظير أن يقال أن التصرف فى المرأة حرام ما لم تحصل الزوجية قبل ذلك بان يقال ان الظاهر من قوله تعالى الاّ على ازواجهم أو ملكت ايمانهم أن جواز النظر أو التصرفات الأخر التى لا تجوز لغير الزوج فى زوجته فى مرتبة متأخرة عن الزوجية و الملك اليمين فلو حصلت الزوجية أو الملكية فى زمان واحد فلا يكفى ذلك فى جواز

ذلك التصرف الذی به تحصل الملكية و الزوجية . ففی المقام أن الملكيةانما تحصل بنفس التصرف الخارجی فيتحققان فی زمان واحد و ان كان التصرف متقدما على الملكية من حيث الرتبة .

و على الجملة قد يقال بأن المستفاد من الآية الشريفة أن حلية الأمة بحيث يجوز التصرف فيها لا بدّ و ان تكون مترتبة على الملكيةبحيث أن تحرز الملكية فی الرتبة المتقدمة ثم يجوز التصرف الخارجی فيها وكك فی الاعيان الأخر التی وقعت مبيعة أو ثمنا بأن يقال أن جوازالتصرف فيهاتكليفامترتبة على تحقق الملكية قبل ذلك و الاّ فلا يجوز التصرف تكليفاوانحصلت الملكية و التصرف فی زمان واحد نظير أن يقال أن جواز التصرف فی المرأة مترتب على تحقق الزوجية قبل هذه المرتبة و عليه فلا يجوز التصرف التلكيفی فی المال المنتقل عنه بحيث يحصل الفسخ و الملكية بذلك فاذا قلنا بذلك فالحرمة باقية على حالها و ان حصل الفسخ بالتصرف كما هو واضح.

و كنظير ماورد أن الماء اذا بلغ قدر كرّ لا ينجسّه شیء أن الظاهر هو أن تكون الكرية متحققة قبل تحقق الملاقات بحيث لو كانت الكريةمتحققحين تحقق الملاقات يحكم بالنجاسة لأجل ملاقات النجاسة بما ليس بكرّفان ظاهر قوله عليه السلام الماء اذا بلغ قدر كرّ لا ينجسّه شیء أن الكرية لا بدّ و ان يتحقق قبل الملاقات بالنجاسة قبلية رتبية .

و أخرى نقول بأنه يكفی فی جواز التصرف فی الأموال كونها مملوكا للمتصرف و لو كانت الملكية حين زمان التصرف كما فی حصول طهارة البدن و الغسل بالغسلة الاولى فيما اذا كان البدن متنجسا بنجاسة لا يحتاج تطهيرها الى تعدد الغسل فان الأقوى حصول التطهير و الغسل عن النجاسة أوعن غيرها بهذه الغسلة الوحدة كما ذكرناه فی حاشية العروة الاّ اذا كانت النجاسة مما يحتاج تطهيرها الى تعدّد الغسل فانه لا

یمکن الالتزام ح بحصول التطهیر و الاغتسال بالغسلة الواحدة بل تبقی النجاسة بعد علی حالها و علی هذا فیمکن الالتزام بجواز التصرف لأحد المتعاملین فیما انتقل عنه لکفایة حصول الملکیة فی زمان التصرف فی جواز التصرف تکلیفا من غیر احتیاج الی تحقق الملکیة قبل التصرف رتبة.

و علی الجملة فان قلنا بالاحتمال الأول فلا یمکن دفع الاشکال عن التصرف بالنسبة الی الجواز التکلیفی، بل لا بدّ من الالتزام بالحرمة التکلیفية و ان قلنا بالثانی فیجوز التصرف تکلیفا لکفایة تحقق الملکیة فی زمان الفسخ و التصرف فی الحکم بجواز التصرف تکلیفا کما هو واضح.

و الذی ینبغی أن یقال هو أن الظاهر من قوله علیه السلام لا یجوز التصرف فی مال امرأ الاّ بطیب نفسه هو أن التصرف الواقع فی ملك الغیر بدون اذنه حرام بحیث لم یکن التصرف فی زمان کون الشیء ملکا له و أما اذا کان التصرف فی زمان حصول الملکیة للمتصرف و ان لم یکن فی مرتبة فانه لا یشمله دلیل حرمة التصرف لعدم کونه فی مال الغیر، بل انما هو فی مال نفسه.

و بعبارة أخری أن مقتضی الظاهر من الادلة الدالة علی حرمة التصرف فی مال الغیر هو أن یکون المال مال للغیر فی زمان التصرف بأن یکون المال حین اشتغال المتصرف بالتصرف مال للغیر و أما لو کان ما تصرف فیه المتصرف مال نفسه فی زمان التصرف، و ان کان مرتبة التصرف قبل مرتبة الملکیة بحیث ان التصرف بحسب الرتبة قد وقع فی مال الغیر فلا یشمله دلیل حرمة التصرف والله العالم، و یکون ذلك نظیر حصول طهارة البدن و الغسل بغسلة واحدة فی زمان واحد، کما هو واضح.

نعم، کون التصرف الخارجی جائزا تکلیفا فی مثل الامة متوقف علی إثبات أن یکون المراد من قوله تعالی أو ما ملکت ایمانهم أیضا ظاهرة فی کون

حصول الملكية فى زمان التصرف كافيا فى الجواز التكليفى و ان كانت رتبة التصرف قبل الملكية ٠

ثم انه نقل المصنف عن بعض أن الفسخ اذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولا كان أو فعلا و أجاب عنه بانه فاسد فان معنى جواز الفسخ لاجل الخيار الجواز الوضعى لا التكليفى فلا ينافى تحريم ما يحصل به الفسخ و لكن ظاهر المصنف أنفكاك بين الجواز الوضعى و الجواز التكليفى فكأنه حكم يكون التصرف مع كونه حراما تكليفا موجبا لانفساخ العقد وضعا لعدم الملازمة بينهما الاّ أن هذا و أن كان تماما فانه لا ملازمة بين الاحكام التكليفية و الوضعية و لكن الأمر فى المقام ليس كك حيث أن الشارع قد حكم بجواز الفسخ وضعا و تكليفا و أنه مباح تكليفا و لكنه من الأفعال التوليدية فيحصل بالقول تارة و بالفعل أخرى ٠

و على كل تقدير لا ملازمة بين جواز الفسخ وضعا و تكليفا الذى حكم الشارع بذلك و بين جواز ما يتولد منه الفسخ من الفعل ، بل القول أيضا فانه قد يكون الفعل الموجب للفسخ مباحا ، و قد يكون حراما كما اذا باع خبزا بأخذه فى شهر رمضان و أكله حيث ان الفعل مع كونه حراما لأن الاكل فى شهر رمضان حرام و مع ذلك يتحقق به الفسخ ، و كذلك القول كما اذا قال فسخت العقد و لكن كان هذا القول فى اثناء الصلاة ، فان التكلم فى الصلاة حرام ، و لكن مع كونه حراما يحصل به الفسخ و لعل مراد المصنف هذا يعنى لا ملازمة بين جواز الفسخ بان يكون جائزا وضعا و تكليفا و بين جواز ما يتولد منه ذلك من الفعل أو القول ، فانه ربما يكون حراما لا أن يكون مراده هو التفكيك بين الجواز الوضعى و الجواز التكليفى بأن يكون الفسخ جائزا وضعا و حراما تكليفا ، فان هذا لا يمكن المساعدة عليه بداهة أن الشارع قد حكم باباحة الفسخ لذى الخيار ، فكيف معه يكون حراما فى نفسه بما هو فسخ ،

نعم يمكن أن يحكم بحرمة سببه بما هو سبب الفسخ .و هذا غير حرمة الفسخ فی نفسه مع قطع النظر عن سببه كما هو واضح . فافهم.

قوله : فرع: لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار.

أقول : عقد العنوان و لو كان فی شراء العبد بجارية و لكنه يجری فی غيرهما أيضا . فالميزان هو اعمال الخيار بالنسبة الى الفسخ و الامضاء معا كما هو واضح ، اذا اشترى أحد عبدا بجارية ، ثم قال أعتقهما ،فهل يكون ذلك اجازة فی العبد و فسخا فی الجارية ،أو فسخا فی الجارية فقط، ولا يكون اجازة فی العبد أو اجازة فی الجارية و لا يكون فسخا فی العبد وجوه :

أما الاحتمال الاول : فلا يمكن المساعدة عليه بوجه بداهة أنه لا يعقل اجتماع الاجازة و الفسخ فی آن واحد ، فانه يستلزم المناقضة و الخلف وأما الاحتمال الثانی : أعنی حصول الفسخ فی الجارية فقط، و لا يكون اجازة فی العبد من جهة دعوى أن الفسخ يتقدم على الاجازة.

و يرد عليه ما ذكره المصنف من أنه لا دليل على تقدم الفسخ على الاجازة .و لم يرد فی ذلك آية و لا رواية ، نعم يتقدم الفسخ على الاجازة فيما اذا صدر الفسخ من طرف و الاجازة من طرف آخر ، و لكن التقديم هنا ليس من جهة الدليل الخاص ، بل لأجل ما يقتضيه القاعدة بداهة أن الاجازة انما هی اجازة من قبل المجيز فقط، فلا يكون ذلك اجازة من قبل الطرف الآخر الذی له الخيار فنفرضها البايع و المشتری ، و هذا بخلاف الفسخ ، فان أياً من البايع و المشتری فسخ العقد ، ينحل وينفسخ فلا يبقى لا اجازة الأخر مجال أصلا و ان جاز قبل فسخ الفاسخ و لكن اذا كان الفسخ و الاجازة من طرف واحد بان يتحققا معا سواء اتحد المجيز والمجاز أو تعدد ،فلا وجه لتقديم أحدهما على الآخر، كما اذا أوجد الفسخ و الامضاء دفعة واحدة بان يقول اعتقهما كما تقدم أو كان للبايع وكيل و قد

جعل الخيار له و لوكيله فاجاز أحدهما العقد و فسخ الاخر فانه لا دليل في شيء من هذين الموردين على تقديم الفسخ على الاجازة أو العكس ، فان تحققهما معا يستلزم المناقضة بان يقال بصحة العقد وبطلانه فهو محال و تقديم أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح فيسقط كلاهما ، و كذلك الأمر في المقام حيث ان نفوذ العتق بالنسبة اليهما يستلزم التناقض و ترجيح الفسخ على الآخر أي الاجازة ترجيح بلا مرجح فيسقط كلاهما كما هو واضح ، لا يخفى فافهم ·

و أما احتمال أن يعتق العبد وتبقى الجارية بدعوى تقديم الاجازة على الفسخ ففيه أنه لا دليل عليه أيضا فانه يستلزم الترجيح بلا مرجح ، كما تقدم ، و قد ذكر المصنف (ره) أنه ربما يقال بتقديم الاجازة على الفسخ من جهة أنها ابقاء للعقد و الأصل فيه الاستمرار ·

و فيه أولا أن أصالة استمرار العقد لا يثبت كون المعتق هو العبد ، الاّ على القول بالأصل المثبت ·

و ثانيا : أن الصادر من ذي الخيار انما هو قوله اعتقهما معا و لا شبهة أن القول بعتق العبد يستلزم القول بعتق الجارية كما أن العكس كذلك و عليه فلابدّ من الالتزام بما ذكره المصنف من القول بأن الأصل هو استمرار العقد ، و مع ذلك لا يحصل الفسخ و لا الاجازة كما هو واضح ، لا يخفى ·

نعم ، لابدّ و أن يحكم بحصول العتق في العبد الذي اشترا مبالجارية و بعدم حصول العتق في الجارية لأن تحقق العتق في الجارية يتوقف على تحقق الفسخ الذي هو مؤنة زائدة بخلاف تحقق العتق في العبد فانه ملك نفسه فيكون عتقه نافذا لأن الناس مسلطون على أموالهم ·

و الحاصل : أن الكلام كان فيما لو اشترى عبدا بجارية و كان له أي للمشتري خيار فأنه وقع الكلام هنا في أنه هل يقدم الفسخ على الاجازة أو

تتقدم الاجازة على الفسخ بأن يكون العبد معتقا دون الجارية أو لا يكون شيء منهما معتقا فان عتق كليهما غير معقول لكونه مستلزما لتناقض، وعتق واحد منهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح فيحكم بسقوط كليهما .

و قد ذكر المصنف و شيخنا الاستاذ و بعض المحققين أن المقام خارج عن بحث تقديم الاجازة على الفسخ أو العكس و الوجه فيه أن النزاع في أن الفسخ يتقدم على الاجازة أو العكس انما هو في مورد يكون الخيار لكل من الطرفين فانه ح اذا فسخ أحدهما و اجاز الآخر يكون الفسخ هنا متقدما على الاجازة و لكن هذا ليس من جهة دليل خارجي، بل لاجل اقتضاء القواعد ذلك حيث ان الاجازة انما هي رضاء بالعقد و امضاء له من قبل نفسه، و هذا بخلاف الفسخ فانه هدم للعقد من أصله فيتقدم على الاجازة و أما اذا كان الخيار لواحد أو لمتعدد من طرف واحد، فلا دليل على تقدم أحدهما من الآخر، وعليه فيحكم ببقاء العقد على حاله وسقوط العتق من الجانبين أي من العبد و الجارية كليهما .

و لكن يرد عليهما ذكرناه من أن نفوذ العتق في الجارية يتوقف على الفسخ لترجع الى ملكها و لو آنا ما ليتحقق العتق لأنه لا عتق الاّ في ملك و هذا بخلاف نفوذ العتق و تحققه في العبد، فانه لا يتوقف على شئ بل ينفذ ابتدا لكونه ملكا للمعتق فيصح عتقه لأن الناس مسلطون على أموالهم و لا يكون العتق متحققا في الجارية فانها مال الغير، و لا عتق الاّ في ملك فان كونها ملكا للمعتق يحتاج الى الفسخ و الفسخ لم يتحقق بعد لكونه مزاحما مع الاجازة، وعليه فلا وجه للحكم بسقوط كلا العتقين من جهة عدم الترجيح لاحدهما، فالترجيح بلا مرجح باطل .

نعم، هذا كلام صحيح بالنسبة الى الاجازة والفسخ حيث انه لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فيحكم بعدم تحقق شيء منهما و لا منافات بين تحقق

العتق و القول بصحته ،وعدم تحقق الاجازة فانه لا ملازم بينهما فانهلا يكون التصرف بالعتق اجازة للعقد ، فانه ربما يكون قصده مع هذا التصرف على الفسخ بعد ذلك فان التصرف انما يكون اجازة اذا كان مصداقا للاجازة و هذا لا يكون الاّ مع القصد الا كان التصرف اجازة بالتعبد و سيأتی كما هو واضح.

و بعبارة أخرى لم تقع المزاحمة هنا بين عتق العبد وعتق الجارية بل وقعت المزاحمة بين الاجازة و الفسخ فسقوط الاجازة و الفسخ معا لا يستلزم سقوط العتقين كك كما هو واضح ،لعدم كون عتق العبد محتاجا الى شیء هذا كله بالنسبة الى الحكم الوضعی ،وكك الكلام بالنسبة الى الحكم التكليفی فانه جائز فيما أخذ المشتری من الغير وغير جائز فی ما انتقل عنه الى غيره مثلا اذا اشترى فاكهة بخبز فاكلهما معا فان هذا التصرف بالنسبة الى الفاكهة جائز لكونه تصرفا فی مال نفسه ، و لا يتوهم احد حرمته وأما بالنسبة الى الخبز غير جائز ، فانه تصرف فی مال الغير فهو غير جائز ، الاّ باذنه و كك اذا كان التصرف فی العبد و الجارية معا تصرفا لا يكون فسخا أو اجازة تعبدا بأن أمرهما معا بالاتيان بالماء أو شیء آخر فانه جائز بالنسبة الى العبد دون الجارية ، هذا كله اذا كان التصرف بنفسه مصداقا للفسخ وقصد الفاسخ أو المجيز الفسخ أو الاجازة بذلك .

و بعبارة أخرى أن الفسخ أو الاجازة من الامور الانشائية فيعتبر فيها القصد و الابراز و ما ذكرناه من الاحكام انما يجری فی صورة القصد بكونه اجازة أو فسخا ليكون التصرف مبرزا لهما و مصداقا لهما خارجا.

و أما اذا كان التصرف من التصرفات التی تكون اجازة تعبدا و بحكم الشارع لا من جهة كونها انشاء للاجازة و قاصدا به ذلك ، بل يتحقق به الاجازة بحكم الشارع حتى مع عدم القصد بها ، بل مع القصد بعدمها فانه

ح لا شبهة فى كون التصرف اجازة أيضا مضافا الى ما تقدم فى خيار الحيوان و ذلك كالتقبيل و اللمس و الوطى و نحو ذلك من التصرفات التى تكون مسقطة تعبدا كما هو واضح ، هذا فيما اذا كان الخيار لخصوص المشترى .

و أما اذا كان الخيار هنا للبايع فقط و مع ذلك اعتقهما المشترى فان عتقه بالنسبة الى الجارية لا ينفذ أما مع عدم اجازة مالكها فعدم النفوذ قطعى كما هو واضح، و أما مع الاجازة فايضا لا يصح لما مر مرارا أن الفضولى لا يجرى فى العتق لكونه من الايقاعات، و قد قام الاجماع بعدم صحة الفضولى فى الايقاعات كما هو واضح.

و أما بالنسبة الى العبد الذى هو ما له فنفوذ العتق فيه وضعا متوقف على البحث الآتى من أحكام الخيار و هو أنه هل يجوز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه بما يوجب خروج العين عن ملكه بأنه يتلفه أو يتصرف فيه بما هو فى حكم الاتلاف أم لا يجوز ، فان قلنا بالجواز كما هو الحق فلا شبهة فى نفوذ العتق و الاّ فلا ينفذ لما سيأتى من أنه متعلق لحق الغير فلا ينفذ التصرف فيه . و أما تصرف البايع فيهما معا فالكلام فيه هو الكلام فيما تقدم من صورة ثبوت الخيار للمشترى فقط و تصرف فيهما معا فلاحظ و تأمّل .

و أما اذا كان الخيار ثابتا لهما معا فاعتق المشترى العبد و الجارية معا ، فهل هنا أيضا يتقدم الفسخ على الاجازة أو العكس أو يحكم با سقوط فنقول اذا بينا فى المسئلة الآتية على جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه تصرفا متلفا أو ما هو فى حكم الاتلاف كاخراجه عن ملكه ببيع أو شراء ، و ح يجرى فى المقام جميع ما ذكرناه فيما كان الخيار ثابتا لخصوص المشترى و قد ذكرنا هناك أن العتق ينفذ فى العبد فقط دون الجارية وأن نفوذه فى العبد لا يتوقف على شىء لكونه عتقا فى ملكه و الناس مسلطون على أموالهم و أما عتقه فى الجارية لا ينفذ فانه يحتاج الى الفسخ و لم يتحقق الفسخ بعد

لكونه مزاحما مع الاجازة كما هو واضح ،و هكذا الكلام فى طرف البايع لأن كلا منهما ممن له الخيار و يجرى هنا ما ذكره المصنف أيضا كما اشار اليه فى المتن و جوابه ما قدمناه · و ان قلنا بانه لا يجوز لمن عليه الخيار أن يتصرف فى المال الذى انتقل اليه لكونه متعلقا لحق الغير، فلا يكون عتق كل من البايع و المشترى العبد والأمة نافذا كما ينفذ تصرفاتهما الأخرى الناقلة و المتلفة و اذا تصرف كل من البايع و المشترى فى هذا الفرض فيما انتقل عنه لا فيما انتقل اليه، حتى يتوقف على المسئلة الآتية ينفسخ العقد قطعا فيكون التصرف فسخا لعدم تزاحمه بالاجازة لأن المفروض أن التصرف فيما انتقل اليه لا يجوز لكونه ممن عليه الخيار و اذن فلا تزاحم بين الفسخ و الاجازة كما هو واضح·

ثم انك قد عرفت أن المصنف و انعنوان الكلام فى العبد و الجارية و لكنها من باب المثال، فان البحث يجرى فى غيرهما أيضا و الميزان هو أنه هل ينفذ تصرف المشترى فى كل من المبيع و الثمن أو لا ؟ بل فى أحدهما فقط أو لا ، ينفذ فى شىء منهما، بل يحكم با سقوط و التفصيل هو ماذكرناه فافهم·

قوله مسئلة : من احكام الخيار عدم جواز تصرّف غير ذى الخيار تصرّفا يمنع من استرداد العين ·

أقول : قد وقع الخلاف بين الأعلام أن التصرفات المانعة عن استرداد العين هل هى جائزة وضعا و تكليفا لمن عليه الخيار أو غير جائزة قد يقال بالأول ،و قد يقال بالثانى ، و ربما يفصل بين التصرف عتقا فهو نافذ لكونه بانئه على التغليب و بين غيره فلا ينفذ و فرق بعضهم بين الاتلاف و غيره و جوّز فى الثانى دون الأول لكن اذا فسخ العقد ينفسخ من اصله ،و قيل بالانفساخ من حين الفسخ وجوه، بل أقوال ،و لا بدّ و أن يعلم أن هذا

البحث انما له ثمر و وجه اذا لم نقل بمقالة الشیخ الطوسی من القول بانه لم تحصل الملکیة لکل من ذی الخیار و من علیه الخیار فی زمن الخیار و انما یحصل ذلک بعد انقضاء مدة الخیار، فانه علی هذا لا یجوز التصرّف لمن علیه الخیار لکونه تصرفا فی ملك الغیر بدون اذنه فهو حرام .

ثم انه بناء علی حصول الملکیة لکل من البایع و المشتری فی زمن الخیار غایة الأمر أن ذی الخیار له حق الرجوع الی ماله بفسخ المعاملة فان کانت العین باقیة یرجع الی عینه و الاّ فالی مثله . فلا شبهة علی هذا المبنی من وجود المقتضی لجواز تصرف من علیه الخیار فیما انتقل الیه و هو الملکیة و لا نعرف وجها لمنع المقتضی و انما الوجه فی عدم جواز تصرف من علیه الخیار فی العین المنتقلة الیه هو وجود المانع عن التصرف وهو کون العین متعلقة لحق الغیر و ح فتصرفه انما یکون تصرفا فی حق الغیر فهو غیر جائز نظیر التصرف فی العین المرهونة مع کونها متعلقة لحق المرتهن و کالتصرف فی المبیع فی البیع الخیاری و کالتصرف فی أموال المفلس فانها متعلق لحق الغرماء فهو لا یجوز ، و کتصرف الورثة فی ترکة المیت مع کون الدین مستغرقا للترکة . فان ذلک تصرف فی حق الغرماء وغیر ذلک من الموارد التی یحکم بحرمة التصرف من جهة کونه واقعا علی متعلق حق الغیر و مقامنا من هذا القبیل حیث ان العین متعلقة لحق الغیر فیکون التصرف فیها تصرفا لا فی متعلق حقه ، بل موجبا لزوال حقه فهو لا یجوز کما هو واضح لا یخفی .

و أجاب عنه المصنف بان الثابت من خیار الفسخ بعد ملاحظة جواز التفاسخ بعد تلف العینین هی سلطنة ذی الخیار علی فسخ العقد بحیث ان الخیار حق تعلق بالعقد لا بالعین ، و الاّ فحین تلف أحدی العینین أو کلاهما لسقط حق الفسخ و لیس کك ، بل یجوز الفسخ مع تلف العینین

و لكن يرجع الى البدل و على هذا فلا مانع من تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل اليه فى العين لكونه مسلطا على ماله ·

كان كلامنا فى جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه و قد ذكرنا أن البحث هنا متوقف على القول بحصول الملكية من الأول فى البيوع الخيارية كما تحصل فى البيوع اللازمة أيضا ، غاية الامر أنها فى البيوع الخيارية ملكية متزلزلة فانه على هذا المنهج يقع البحث فى أنه هل يجوز لمن عليه الخيار أن يتصرف فيما انتقل اليه أم لا ؟

و أما على ما سلكه الشيخ الطوسى (ره) من عدم حصول الملك أصلا فى زمان الخيار لكل ممن له الخيار و عليه الخيار فان عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه لا يحتاج الى البحث فانه تصرف فى مال الغير فهو لا يجوز بدون اذنه ، و اذن فالمقتضى لجواز التصرف قاصر من غير احتياج الى وجود المانع و أما على المسلك المعروف فلا شبهة فى وجود المقتضى لذلك و هو حصول الملكية من حين العقد و انما الكلام فى وجود المانع·

و الذى قيل فى وجه المنع عن التصرف لمن عليه الخيار فى ما انتقل اليه هو أن العين أى ما انتقل الى من عليه الخيار انما هى متعلقة لحق الغير و هو من له الخيار و من الواضح أنه لا يجوز التصرف فى متعلق حق الغير بدون اذنه كما لا يجوز التصرف فى مال الغير بدون اذنه كما لا يجوز التصرف فى العين المرهونة بدون اذن المرتهن و فى أموال المحجورين عليهم من جهة الفلس بدون اذن الغرماء و فى الأمة المستولدة لتعلق حق العتق بها و هكذا و المتحصل أن الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث ارجاعهما بحل العقد الى مالكهما السابق فالحق بالأخرة متعلقة بالعين التى انتقلت منه الى صاحبه و اذن فلا يجوز أن

یتصرف فیها بما یبطل ذلك الحق کالتصرف المتلف أو ما هو بحکم الاتلاف ٠

و اشکل علیه المصنف (ره) بأن الخیار أمر تعلق بالعقد حیث ذکرنا فی أول الخیارات أنه ملك فسخ العقد أو امضائه لا أنه تعلق بالعین لیکون ذلك متعلقا لحق الغیر فلا یجوز التصرف فیه و علیه فالمقتضی لجواز تصرف من علیه الخیار فی ما انتقل الیه و هو الملکیة موجود و ما ذکر من المانع لا یصلح للمانعیة فیبقی دلیل جواز تصرف الملاك فی أموالهم علی حاله أعنی النبوی المعروف الناس مسلطون علی اموالهم و مما یدل علی تعلق حق الفسخ بالعقد دون العین جواز تفاسخ العقد بعد تلف العینین أیضا بدیهة أنه لو کانت العین موردا لحق الغیر لما جاز التفاسخ بعد تلف العینین کما هو واضح ٠

و لا یقاس المقام بحق الرهن الذی تعلق بالعین الموجب لعدم جواز اتلافها فان العین هنا وثیقه فاتلافها ینافی ذلك، و ثانیا أن النص انما دل علی عدم جواز التصرف فیها هذا محصل کلام المصنف فالنتیجة أنه یجوز تصرف من علیه الخیار فی ما انتقل الیه بلا ریب کما هو واضح ٠

أقول : ان کان غرض المانعین من کلامهم هذا ما فهم المصنف من کون الخیار و حق الفسخ متعلقا بالعین بحیث یکون العین ابتداء متعلقة لحق الغیر فما ذکره المصنف من الجواب عنه متین جدا فان الفسخ یتعلق بالعقد دائما دون العین و لذا یسقط حق الفسخ بتلف احدی العینین أو کلیتهما و قد یکون غرضهم من ذلك هو أن الفسخ یتعلق بالعقد بحیث یرتفع به العقد والاعتبار الذی کان مظهرا فی الخارج و کأنه لم یکن هنا عقد وبقانون هذا الفسخ یرجع کل من العوضین الی ملك مالکه الاول و یفرض العقد الموجود کالعدم و لکن مرجع ذلك بالأخرة لیس الا کون العین متعلقة لحق الغیر بداهة أنه اذا أوجب الفسخ ارتفاع العقد وجعله کالعدم فیکون شأن کل من العوضین شأن أنه لم ینتقل من

مالكه الاول الى غيره فالعين بالأخرة تكون موردا لحق الغير ومتعلقا له ، فانه بانهدام العقد و اعدامه يرجع الى تلك العين بمقتضى دليل اليد . نعم مع عدم بقائه يرجع الى قيمته و لكنه لا يجوز اتلافها اختيارا بعد العلم بانه ربما يفسخ العقد و يفرض كالعدم و يرجع مالك كل عوض اليه كما هو واضح.

و اذن فلا وجه لما أجاب به المصنف عن كلامهم فانهم لا يدعون عدم تعلق الفسخ بالعقد ، بل يدعون تعلقه به كما هو ظاهر كلامهم الذى ينقله المصنف و لكن حيث انه بعد فسخ العقد يرجع كل من البايع والمشترى الى ماله فبالاخرة العين متعلقة لحق من له الخيار فانه مسلط على فسخ العقد فيحتمل أن يفسخ هو ذلك العقد و يرجع الى ماله فمن الآن أى قبل الفسخ أن تلك العين المنتقلة عمن له الخيار متعلقة لحقه كما أن العين المرهونة متعلقة لحق الراهن بلحاظ أنه مع عدم اعطاء الراهن حق المرتهن يبيعها المرتهن و يستوفى منها حقه.

و الحاصل أن الفسخ انما يتعلق بالعقد و لكن بعد الفسخ و فرض العقد كالعدم أن المرجوع الى ذى الخيار هو تلك العين التى كانت عند من عليه الخيار فتكون من الأول متعلقة لحقه فلا يجوز التصرف فيها ولاينافى ذلك انتقال حق من له الخيار الى بدلها اذا فسخ العقد و وجد العين تالفة عند من عليه الخيار كما هو واضح وعلى هذا فلا وجه لما أجاب به المصنف عن دليل المانعين.

و الذى ينبغى أن يقال فى جوابهم هو أنه لا شبهة فى كون العين المنتقلة الى من عليه الخيار متعلقة لحق من له الخيار ، و لكن لا دليل على عدم جواز التصرف فى كل ما يكون هو متعلق حق الغير ، فان ذلك ليس من الضروريات حتى لا يحتاج الى دليل ، بل انما هو من الامور النظرية فيحتاج الى دليل فلا يمكن اثباته بلا دليل ، فان هذا التصرف انما هو

صدر من اهله لکونه مالکا و وقع فی محله ، بل انما ثبت ذلك فی موارد عدیدة من جهة الدلیل الخاص کعدم جواز التصرفات المتلفة فی العین مرهونة ، بل مطلق التصرف الاّ باذن المرتهن فان ذلك من جهة النص و کذلك عدم جواز بیع ما تعلق به حق الاستیلاد کالامة المستولدة و کعدم جواز التصرف فی أموال من هو محجور بالفلس لکون أمواله متعلقة لحق الغرماء ، و أما فی غیر هذه الموارد فلا ، ففی المقام أیضا لم یرد دلیل خاص علی عدم جواز تصرف من علیه الخیار فی ما انتقل الیه تصرفا متلفا مع کون التصرف صادرا من اهله وهو المالك و واقعا فی محله ، بل انما ذهب المشهور الی ذلك من جهة البرهان المتقدم من حرمة التصرف فی متعلق حق الغیر ، والاّ لو کان هنا مدرك آخر من الاخبار و غیرها لوصل الینا و کان فی مرئ من الناس و مسمع خصوصا من المانعین حیث یذکرونه فی مقام الاستدلال علی مقصدهم فیعلم من عدم ذکرهم ذلك و تمسکهم بالدلیل المذکور أنه لیس هنا دلیل آخر یدل علی الحرمة کما هو واضح.

و ما ذکروه من الدلیل واضح المنع فان المقام شبیه بکون أموال کل شخص متعلقة لحق الورثة قبل الموت و هل یتوهم أحد أنه لا یجوز للملاك التصرف المتلف فی أموالهم لکونها متعلقة لحق الورثة و لا یجوز التصرف فی متعلق حق الغیر و کذا فی المقام فان العین و ان کانت متعلقة لحق ذی الخیار فی زمن الخیار ، بان یفسخ العقد و یرجع الیها فی زمان الخیار و لا دلیل علی حرمة مثل هذا التصرف کما هو واضح.

نعم ، قامت القرینة القطعیة علی عدم جواز تصرف من علیه الخیار تصرفا متلفا فی المبیع فی البیع الخیاری فیما اذا اشترط البایع علی المشتری أن لا یبیع المبیع فی مدة الخیار و لا یوهبه کك ، کما اذا باع أحد داره التی تساوی الف دینار بخمسمائة دینار و اشترط علی المشتری الخیار الی سنة فان

جاء بالثمن فهو ، و الاّ يسقط خياره أو اشترط عليه أن لا يبيعها الى سنة و لا يوهبها ، فان تقليل الثمن فى ذلك لمكان جعل الخيار قرينة قطعية على عدم جواز التصرف المتلف فى المبيع فى مدة الخيار و قد اشرنا الى ذلك فى طى بعض المسائل السابقة قبيل هذا ، بل قامت السيرة القطعية الارتكازية على ذلك ، حيث ان من احتاج الى نقد يبيع متاعه الذى مورد احتياجه و لا يريد أن يخرج من ملكه يبيعه بعنوان بيع الخيارى و يجمع بذلك بين دفع احتياجه بثمنه و بين عدم خروج متاعه عن ملكه بقدر الامكان و الاّ لو كان نظره الى اخراجه من ملكه جزما و لازما لباعه من الأول بثمن كان ضعف الثمن الذى كان فى صورة اشتراط الخيار فيكون هذا المورد أيضا من جهة الموارد التى قام الدليل على عدم جواز التصرف فى متعلق حق الغير فى موارد وجود الخيار و لكن لا يقاس بذلك بقية الموارد من البيوع الخيارية فان ما انتقل الى من عليه الخيار و ان كان متعلقة لحق من له الخيار الاّ أنه لا دليل على حرمة التصرف فى تلك العين .

ثم ان هنا كلاما بيننا و بين شيخنا الاستاذ فى تصرف من عليه الخيار فى المبيع فى البيع الخيارى من أنه هل يحرم التصرف فى ذلك وضعا وتكليفا أو تكليفا فقط . فبنى شيخنا الاستاذ فى ذلك و أمثاله على أن الممنوع شرعا كالممتنع عقلا فحكم بفساد المعاملة بذلك و بهذا بنى فى باب النهى عن المعاملات هل يوجب الفساد أو لا ؟ على فساد المعاملة المنهى عنها ، و ننقل ذلك فى المبحث المذكور قريبا فى بحث الأصول ونورد عليه بانه لم يرد دليل على أن الممنوع الشرعى كالممنوع العقلى ، بل المسلم من المنع الشرعى هو التحريم التكليفى فقط ، وعليه فتصرف من عليه الخيار فى البيع الخيارى المشروط فيه الخيار أو عدم البيع و الهبة الى مدة خاصة يكون حراما فقط تكليفا من جهة مخالفة الشرط و أما من حيث الوضع فلا يترتب عليه فساد

المعاملة المشروط فيها هذا الشرط و اذن فاذا فسخ ذى الخيار و وجد العين تالفة أو ما هوفى حكم التلف يرجع الى بدلها من المثل أو القيمة و ان لم تكن العين تالفة يرجع الى نفسها كما هو واضح.

و كيف كان فلا شبهة فى جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من العوض ، بل هذا مما قام عليه الاجماع و تسالم الفقهاء فى بعض الموارد كالثمن فى بيع الحيوان ، فانه هل سمعت من أحد يتوقف فى التصرف هذا الثمن تصرفا متلفا بدعوى أنه متعلق لحق الغير و كذا فى الثمن فى البيع الخيارى حتى مع وجود الخيار للمشترى أيضا من خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط فانه لم يتوهم أحد فى جواز التصرف فى الثمن ، بل بناء البيع الخيارى على التصرف فى الثمن اذ البايع انما باع ذلك العين بثمن رخيص مع الخيار مدة لاحتياجه الى التصرف فى الثمن كما هو واضح.

و السر فى جميع ذلك هو أن التصرف انما هو صدر من اهله ووقع فى محله ، بل تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من الضروريات كما فى خيار الرؤية و التأخير و الغبن ، فان الغابن أو الذى يؤخر الثمن عن المدة المعلومة فى المبيع المؤجل أو عن المدة التى رضى البايع بالتأخير فى هذه المدّة فى بيع النقد و كذا فيما اشترى شيئا برؤية قديمة ثم ظهرت العين على غير الوصف السابق فان فى جميع ذلك لا شبهة فى جواز تصرف من عليه الخيار فى المبيع ، بل هو أمر ارتكازى ضرورى فلا يحتاج الى التأمل أصلا .

و توهم أن الخيار فى الموارد المذكورة ليس من الأول ، بل من زمان ظهور الغبن أو الرؤية أو تأخير الثمن عن المدّة المعينة توهم فاسد بداهة ثبوت الخيار فيها من الأول كما تقدم فى السابق و الوجه فى ذلك هو ما ذكرناه فى مبحث خيار الغبن و الرؤية و العيب من وجود الشرط الضمنى من المتعاملين من حين المعاملة على تساوى العوضين فى المعاملة لئلا

يتحقق الغبن و ظهور كل من العوضين على الصفة المرئية فى خيار الرؤية وعدم تعيب المبيع فى خيار العيب، و اذا كان هذا الشرط الضمنى موجودا فيثبت من تخلفه الخيار أى خيار تخلّف الشرط و حيث ان هذا الشرط موجود من الأول من المتعاملين فيكون الخيار أيضا ثابتا من الأول كما هو واضح.

نعم، زمان ظهور الغبن و تحقق تأخير الثمن و ظهور المبيع على غير الوصف السابق هو زمان ظهور الخيار لا زمان ثبوته كما هو واضح.

نعم، قد يوجد الخيار بعد تحقق العقد بزمان بحيث لم يكن هنا خيار من الأول كما اذا باع شيئا من شخص بثمن مؤجل أونقد فرضى بتأخيره الى مدة فعرض الحجر لفلس على المشترى فى اثناء المدة و صار مفلسا و محجورا بحكم الحاكم وتعلق حق الغرماء فانه ح يثبت الخيار للبايع من زمان عروض الحجر فيكون مخيرا فى فسخ العقد و أخذ عين ماله لوجود النص الخاص فى المقام و هذا هو الذى ذكرناه سابقا و قلنا ان البايع أولى بالعين المبيعة من بقية الديان و الغرماء و أما فى غير هذا المورد من الموارد لا نعرف موردا يكون الخيار موجودا بعد زمان من حين تحقق العقد بل هو موجود من الأول لوجود مقتضيه غاية الأمر لم يظهر من حين العقد و انما ظهر بعد مدة كما هو واضح، فافهم.

ثم ان هذا كله فيما كان التصرف الصادر ممن عليه الخيار تصافا لازما فقد تحصل أنه لا مانع من تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من العوض وضعا و تكليفا و أنه لا دليل على المنع عن ذلك و ان كانت العين متعلقة لحق ذى الخيار و أنه لا يزيد على تعلق حق الورثة بأموال الانسان و لم يتوهم أحد حرمة تصرفه مراعاة لحق الورثة و لا دليل على وجوب ابقاء متعلق حق من له الخيار فيما نحن فيه كما أنه لم يرد دليل على وجوب ابقاء الارث للورثة كما هو واضح.

ثم هنا فروع ثلاثة :

الاول : ان مورد البحث کما عرفت هو تصرف من علیه الخیار فیما انتقل الیه تصرفا متلفا للعین أو ما هو فی حکم الاتلاف مع کون تصرفه فی زمن الخیار و قد تقدم الکلام مفصّلا فی جوازه و ان منعه جمع من الاکابر و انما الکلام فی أن المراد من الخیار الذی یقع التصرف فی زمانه هل هو الخیار الفعلی أو یعم الخیار أنشائی أیضا بمعنی أن مورد البحث ما یکون هنا خیار بالفعل أو یعم صورة وجود الخیار بعد ذلك، و ان لم یکن فعلیا ، و انما یکون سببه فعلیّا فنقول أن الخیار بحسب ثبوته بالفعل أو بالقوة علی ثلاثة أقسام :—

الاول : أن یکون ثابتا فعلا کخیار المجلس و الحیوان و نحوهما فان الخیار فی امثال ذلك موجود بالفعل أی من أول العقد ، و اذا تصرف من علیه الخیار فیما انتقل الیه کان تصرفه فی زمن الخیار فموضوع الخیار فی هذا القسم انما هو العقد و لیس فیه تعلیق علی شیء بوجه فیکون حکمه و هو الخیار أیضا فعلیّا کما هو واضح.

الثانی : أن یکون الخیار فعلیّا حتی باعتبار سببه أیضا ، بل منشائه کنفسه یکون ثابتا فی زمان متأخر عن العقد کالخیار الناشیء من الفلس حیث انه لم یکن فی زمان تحقق العقد ، بل العقد حینما تحقق انما تحقق لازما و غیر خیاری ، بل انما نشأ الخیار من کون المشتری مفلسا و غیر قادر علی اداء الثمن ، فانه ورد النص هنا بکون البایع له الخیار بالنسبة الی نفس المبیع ان کان باقیا فیکون هذا الخیار ناشئا من فلس المشتری مع کونه قادرا أولا و انما لم یترق الثمن اما لکون البیع مؤجلا أو لعذر فی ذلك.

و بعبارة أخری اذا باع شخص متاعه من عمرو مؤجلا أو نقدا مع رضائه بتأخیر الثمن مع کون المشتری غیر محجور بالفلس ، بل واجدا للمال کثیرا و

قادرا لاعطاء الثمن ثم طرأه الفلس بعد زمان مع بقاء المبيع بعينه فانه يثبت الخيار للبايع بالنسبة الى ارجاع عين ماله و أنه لا يضرب مع الغرماء ، و هذا الخيار سببه هو الفلس و انما يحصل ذلك و نفس الخيار بعد زمان مضى من زمان العقد .

الثالث: أن يكون منشاء الخيار من زمان العقد و لكن يكون نفس الخيار متأخرا عن العقد بزمان ، كما فى الخيار الثابت بتخلف الشروط الضمنية أو الصريحة أى المذكورة فى ضمن العقد حيث ان الخيار ليس بثابت من زمان العقد ، و لا يكون فعليّا من حينه بحيث لو تصرف من عليه الخيار انما يقع تصرف فى غير زمان الخيار الفعلى قبل ثبوت الخيار كما فى القسم الثانى أيضا كان كك و انما يثبت الخيار بعد التخلف .

و بعبارة أخرى الخيار مجعول من زمان العقد و لكن ظرفه متأخر حيث ان المتبايعين جعلا خيارا للمشترط عليه عند ايجاد العقد وفى زمان تحققه و لكن مشروطا بتخلف الشرط فيكون ذلك نظير الواجب المشروط .

فهل هذه الاقسام الثلاثة مورد للبحث المذكور و هو جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه و عدم جوازه أو بعضها داخل وبعضها غير دخل ، فنقول أما القسم الاول فلا شبهة فى دخوله فى محل النزاع فان الخيار فعلى و محقق عند تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه ، فلو تم ما ذكر من وجه المنع من كون التصرف فى متعلق حق الغير فهو لا يجوز لجرى فى المقام فان المصداق الواضح لهذا البحث هو هذا القسم .

و أما القسم الثانى : فهو خارج عن محل الكلام جزما بداهة أنه لا يمكن أن يقال أن تصرف المشترى فى المبيع تصرف فى حق الغير باعتبار أنه يطرأه الفلس بعد ذلك فيثبت الخيار للبايع و تكون العين المبيعة متعلقة لحق البايع مع عدم وجود سبب الخيار و منشائه لا فى زمان العقد و لا فى زمان

التصرف، بل کان البیع لازما من جمیع الجهات و لم یکن فیه خیار حتی بنحو المشروط نظیر الواجب المشروط و مع ذلك کیف یمکن أن یکون المبیع متعلقا لحق الغیر حتی یباحث فی جواز التصرف فیه و عدمه و علیه فسواء قلنا بجواز تصرف من علیه الخیار فیما انتقل الیه أم لم نقل فهذا القسم خارج عن حریم البحث جزما کما هو واضح، و انما المتصرف قد تصرف فی ملکه اللازم من جمیع الجهات من غیر أن یکون فیه شوب الجواز و صدر ذلك التصرف من أهله و وقع فی محله کما هو واضح، لا یخفی فافهم.

و أما القسم الثالث من الخیار فهو مورد البحث و النزاع فی أنه داخل فی محل الکلام أولا بحیث اذا قلنا بحرمة تصرف من علیه الخیار فیما انتقل الیه کون تصرفه هنا غیر جائز قبل فعلیة الخیار أو أنه خارج عن مورد البحث بحیث انه مع القول بحرمة تصرف من علیه الخیار فیما انتقل الیه لا یمکن القول به هنا ففیه کلام و اشکال، من حیث ان الخیار لیس بفعلی عند التصرف لعدم ثبوته فی زمان العقد فیکون التصرف جائزا حتی مع القول بحرمة تصرف من علیه الخیار فیما انتقل الیه بداهة أن هذا التصرف لم یکن فی زمان الخیار و من حیث ان سبب الخیار کان موجودا فی زمان التصرف فمع تمامیة البرهان المتقدم للمانعین فالعین هنا متعلق لحق الغیر أیضا غایة الأمر أن رجوعه أی ذی الخیار فی القسم الاول کان علی تقدیر واحد وهو الفسخ و فی هذا القسم علی تقدیرین أحدهما التخلف الموجب لثبوت الخیار، و الثانی الفسخ فی فرض التخلف، و هذا هو الاقوی فان کون رجوع العین الی ذی الخیار بتقدیر و تقدیرین لا یوجب الفرق بین کون العین متعلقا لحق ذی الخیار، فیقع التصرف فی متعلق حق الغیر کما هو واضح فافهم.

الفرع الثانی أنه بناء علی عدم جواز تصرف من علیه الخیار فی ما انتقل الیه تصرفا متلفا للعین أو ما هو بحکم الاتلاف هل یجوز لمن علیه الخیار

أن يتصرفه فيه بما هو المعرض لفوات العين أو لا يجوز ذلك كما لا يجوز التصرف المتلف في العين ، فالمعروف هو الاول و لم يظهر من المصنف اختيار أحد الطرفين و جزم شيخنا الاستاذ على العدم ، و مثال ذلك وطى الأمة ، فانه معرض لكونها مستولدة و الاستيلاد مانع عن الرد و على هذا فيرد الاشكال على المشهور بانه كيف يمكن الجمع بين الحكم بمانعية الاستيلاد عن الرد و بين تجويز الوطى الموجب للاستيلاد و من هنا منع بعضهم عن ذلك و لكن تجويز الوطى مع الالتزام بمانعية الاستيلاد عن الرد بانقد يعلم الواطى بعدم حصول الحمل بالوطى لكون الأمة يائسة و ح فلا فرق بين الوطى و التقبيل و غيره من التصرفات الغير المانعة عن الرد وان قلنا بعدم جواز التصرف المانعة عن الرد من التصرفات الاعتبارية و الخارجية وعليه فالوطى يلازم الاستيلاد احتمالا أيضا بحيث أن الواطى يحتمل حصول الاستيلاد و مع عدم العلم بذلك فالظاهر أن مراد من يجوز الوطى مع قوله بمانعية الاستيلاد عن الرد هو أن الواطى لا يعلم بحصول الاستيلاد غاية الأمر أنه يحتمل ذلك فبناء على جريان الاستصحاب فی الأمور الاستقبالية كما هو كك يحكم بعدم حصول الاستيلاد بهذا الوطى ومع الاغماض عن هذا الاستصحاب فيمكن التمسك باستصحاب العدم الازلى .

و توضيح ذلك أنا نشك فی أن الوطى مفوت للعين و معرض لها الى التلف أم لا ، نستصحب عدم ذلك و مع الغض عن ذلك فنتمسك باصالة البراءة و الحلّ و نحكم بجواز الوطى لمن عليه الخيار و أن التزمنا بمانعية الاستيلاد عن الردّ كما هو واضح .

وعلى هذا فلا وجه لما أفاده شيخنا الاستاذ من تقوية حرمة الوطى بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه .

و حاصل كلامه أن الاستيلاد أمر خارج عن اختيار المكلف فانه أمر قهر

الحصول بعد تحقق الوطی و علیه فلا یکون ذلك موردا لتعلق النهی به و انما متعلق النهی هنا هو الأمر الاختیاری من فعل المکلف الذی یکون وسیلة للاستیلاد و هو الوطی فیکون الوطی فی نفسه ممنوعا عنه وعلیه فنفس الوطی تفویت لحق ذی الخیار لا فی معرض التفویت و لا یقاس ذلك بعرض المبیع للبیع لأنه بنفسه لیس تفویتا بل المفوت هو البیع الذی هو امر اختیاری للمکلف و هذا الوجه الذی ذکره الاستاذ قد یسر علیه فی عدة موارد خصوصا فی الاصول و بنی أن التکالیف قد یتعلق بالمسبب و قد یتعلق بالسبب و وجه الظهور أن مقتضی الاستصحاب هو عدم کونه مفوتا کما تقدم ،و مقتضی أصالة البرائة هو جواز الوطی کما یجوز التقبیل ،فافهم ·

الفرع الثالث: أنه اذا نقل من علیه الخیار العین الی غیره بعقد جائز فهل یفسخ العقد الثانی بفسخ ذی الخیار العقد الاول أو لا ینفسخ ، وعلی تقدیر عدم الانفساخ فهل لمن له الخیار اجبار البایع الثانی علی فسخ العقد الثانی أو لیس له ذلك ·

أقول : أما بناء علی عدم جواز تصرف من علیه الخیار فیما انتقل الیه فلا شبهة فی عدم جواز تصرفه فی ذلك سواء کان بالتصرف الخارجی أو الاعتباری و سواء کان التصرف الاعتباری من التصرفات اللازمة أو الجائزة کما هو واضح و قد تقدم الکلام فی ذلك ·

و أما بناء علی الجواز تصرف فان نقل من علیه الخیار العین الی غیره بعقد لازم فلا شبهة فی أن فسخ من له الخیار العقد لا یکون فسخا للعقد الثانی و لا أن له اجباره برد العین من المشتری الثانی فان تصرف البایع الثانی تصرف صدر من أهله و وقع فی محله فانه و ان کانت ملکیته محدودة الا أن العین کان مملوکا له مطلقا لا مقیدا بزمان · و ان کان النقل بعقد جائز و فسخ البایع الأول الذی هو ذو الخیار العقد فهل یکون فسخه فسخا للعقد

الثاني أيضا أو لا؟ الظاهر أنه لا يكون فسخا بداهة أن المشترى الثانى لم يتلق البيع من البايع الأول حتى يكون البايع الأوّل مسلطا على فسخ العقد الثاني كما ذكره المصنف و لا أن سلطنة البايع الثانى من فروع سلطنة البايع الأول و فى طولها ليكون مسلطا على فسخ العقد الثاني من هذه الجهة بل انما يتلقى المشترى الثانى البيع من البايع الثانى الذى كان مالكا للعين و قد نقلها اليه فيكون نافذا لكون الناس مسلطون على أموالهم، ثم هل لذى الخيار اجبار البايع الثاني على فسخ العقد الثاني بعد فسخه العقد الاول أولا ذكر بعضهم و منهم السيّد فى حاشيته أن له ذلك فان قانون الفسخ رجوع كل من العوضين الى مالكه الاول فاذا كان مقتضى قانون الفسخ هو ذلك فيكون من عليه الخيار ضامنا بالعين ابتداء ضمانا معاوضيا فإن تمكن من اداء العين فلابدّ له ذلك والاّ فيكون منتقل الى المثل أو القيمة وحيث ان البايع الثانى الذى هو من عليه الخيار متمكن عن رد العين الى البايع الأول بفسخه العقد الثاني فلابدّ له أن يفسخ هذا العقد الثانى و يرجع العين الى مالكها الأول وهو ذى الخيار كما فى ضمان الحيلولة .

أقول : تارة نقول أن سلطنة ذى الخيار لم تنقطع عن العين و اخرى نقول بانقطاعها عنها و انما يكون مالكا لها بالفسخ أى ترفع اليد عن العقد بالفسخ و ترجع العين الى ملك ذى الخيار من غير أن تكون سلطنة مستمرة فى ذلك، فعلى الوجه الأول فلا شبهة فى أن له أن يجبر الثانى على ارجاع العين اليه كما فى موارد البدل الحيلولة و لكن لم يتوهم أحد أن سلطنة البايع الأول لم تنقطع عن العين كما هو واضح.

و أما الثانى كما هو كك فالظاهر أنه ليس لذى الخيار بعد فسخه العقد أن يجبر البايع الثانى و هو من عليه الخيار على فسخ العقد الثانى بداهة أن مقتضى قانون السلطنة انما هو رجوع كل من العوضين الى مالكه

الأول على تقدير بقاء كل منهما فى سلطنة من انتقل اليه بأنه اذا فرض العقد ح كالعدم بواسطة الفسخ يرجع كل من العوضين الى مالكه الاول كأنه لم يقع هنا عقد و أما اذا لم يكن باقيا فى ملك من انتقل اليه فقهرا ينتقل العوض الى البدل فبقانون الفسخ يكون البايع الثانى مشغول الذمة ببدل العين من المثل أو القيمة و لا دليل على اجبار البايع الاول البايع الثانى على ارجاع العين بفسخ العقد الثانى .

و بعبارة أخرى أن العقد اذا انفسخ فيرجع كل عوض الى مالكه الاول كأن العقد لم يقع فيخرج كل من العوضين عن سلطنة من انتقل اليه و يدخل فى ملك من انتقل عنه .

و أما اذا لم يكن هنا سلطنة لأحد الطرفين على العين لخروجها عن ملكه و لو لعقد الجائز فقهرا ينتقل الى البدل كما هو واضح .

و توهم أن الذمة ابتداء تشتغل بالعين كما هو مقتضى الضمان الخارجى بحسب اليد المضمنة و اذا لم يمكن من اداء العين تنتقل العين الى البدل و من الواضح أن اداء العين هنا ممكن بفسخ العقد الثانى توهم فاسد بداهة أن هذا غير الضمان الخارجى فان الذمة هناك مشغولة بالعين ابتداء بخلاف المقام فان مقتضى قانون الفسخ رجوع كل من العوضين الى مالكه الأول بفرض العقد كأن لم يكن و لكن اذا فسخ العقد ولم تكن العين موجودة عند من انتقل اليه فان مقتضى قانون الفسخ هنا ليس الّا ارجاع المالكية السابقة لكل من المتبايعين فحيث لم تكن العين موجودة فلابدّ من أن تكون موجودة فى متعلق آخر كالبدل .

و بعبارة أخرى أن ذمة من نقل العين الى غيره لا تكون مشغولة ابتداء الا بالبدل لأن مقتضى قانون الفسخ ليس الا ارجاع ملكية الفاسخ بفسخ العقد فان كانت العين باقية فترجع السلطنة فى ضمنها و الّا فى ضمن بدلها

لا أن الذمة تكون مشغولة بالعين ابتداء ثم مع التعذر تنتقل الى البدل فان العقد انما انفسخ فی زمان لم تكن العين موجودة فی ذمة من عليه الخيار حتى تكون ذمته مشغولة بها ، بل كانت منتقلة الى الغير فلا ترجع بقانون الفسخ الا الملكية فقط فی ضمن البدل و عليه فلا وجه لدعوى أن البايع فی البيع الثانی متمكن من فسخ العقد لفرض كونه جائزا فما دام متمكن من ارجاع العين لا تنتقل الى العوض لما عرفت أن الذمة أصلا لا تشتغل بالعين ، بل حينما تشتغل تشتغل بالبدل ، فافهم .

لا يقال ان معنى الخيار هو تحديد الملكية المنشاة ففی المقام أن الملكية المنشاة لمن عليه الخيار انما هی محدودة بالفسخ و هو قد نقل العين الى غيره بالعقد الجائز بحيث له فسخه أی العقد الثانی ، فيكون المنشأ هنا أيضا ملكية محدودة ففی الحقيقة قد بقی هنا حصة من الملكية فی اختياره بان فسخ البايع الاول العقد الأول فله أن يرجع الى هذه الملكية الباقية أی لحصته بعد الفسخ فيجبره بذلك أی البايع الثانی بفسخ العقد الثانی فانه يقال انما يرجع الى هذه السلطنة مع بقاء العين ، و الفرض أنه منتقل الى غيره و ح لا يرجع بالفسخ الا مطلق السلطنة فتكون متعلقة بالبدل على أن مقتضى ما ذكر هو انفساخ العقد الثانی بفسخ العقد الاول و قد عرفت ان المشتری الثانی لم يتلق البيع من البايع الاول ، فلا معنى لانفساخ العقد بفسخ البايع الاول العقد الاول .

و بعبارة أخرى و ان كان مقتضى قانون الفسخ هو فرض العقد الاول كأن لم يكن بحيث يرجع كل من العوضين الى مالكه ، و لكن اذا كانت العين تالفة كان مقتضى قانون الفسخ هو فرض العقد كالعدم ، الا أنه بارجاع الملكية السابقة متعلقة بالبدل و أما ارجاع السلطنة السابقة المتعلقة بالعين مع كون العين منتقلة الى الغير ، فلا فان السلطنة المتعلقة بالعين لا ترجع

الاّ مع كون العين موجودة كما هو واضح ٠

قوله الثانى : أنه هل يجوز اجارة العين فى زمان الخيار بدون اذن ذى الخيار فيه وجهان :ـ

أقول : تحقيق هذه المسئلة فى أنه اذا آجر من عليه الخيار العين المستأجرة من غيره . فهل تبطل الاجارة بفسخ ذى الخيار لكون الاجارة بعد ذلك واقعة فى ملك الغير ، أى بقاء و ان كانت واقعة فى ملك الموجر حدوثا أو لا يبطل لأنها واقعة فى ملك الموجر الذى كان مالكا بالعين مطلقا و ان كانت ملكيته محدودة ٠

فذهب المحقق القمى الى بطلان الاجارة بفسخ البيع بخيار رد مثل الثمن و علله بانه يعلم بفسخ البيع أن المشترى لم يملك منافع ما بعد الفسخ و أن الاجارة كانت متزلزلة و مراعاة بالنسبة فسخ البيع و ذهب المصنف الى الصحة فغاية الأمر يأخذ ذى الخيار ممن عليه الخيار مثل منفعة العين أى اجرة مثل فى المدة الباقية ٠

و حاصل ما ذكره فى وجه ذلك أن من عليه الخيار انما ملك العين ملكية مستعدة للدوام من غير أن تقيد ملكية بقيد و من نماء هذه الملكية المطلقة المنفعة الدائمة فاذا استوفاها المشترى بالاجارة فلا وجه لرجوع تلك المنفعة الى الفاسخ و انما تعود العين اليه مسلوب المنفعة فى مدة الاجارة كما اذا باع العين فى زمن الخيار فانه لا شبهة فى نفوذ البيع و كما اذا تفاسخ البايع و المشترى فانه لم يحتمل أحد ببطلان الاجارة بالتفاسخ مع أنه لا فرق بين الفسخ و التفاسخ ٠

ثم ذكر الفارق بين المقام و اجارة العين الموقوفة للاولاد فانه اذا آجرها البطن الاول الى مدة معينة فتبطل الاجارة بعد انقراضه ولا تنتقل العين الموقوفة الى البطن الثانى الا مسلوبة المنفعة ٠

و حاصل ما ذكره من الفارق هو أن البطون المتأخرة انمايتلقون الوقف من المالك الاول لا البطن الاول فما لليتهم أى البطون المتأخرة للانتفاع من الوقف من شئون ملك الواقف دون البطن الأول و اذ نفليس للبطن الاول أن يتصرف فى العين الموقوفة الا بمقدار حقه فان حقه محدودا بموته وليس له أن يوجر العين الى خمسمائة سنة و يأخذ آجرتها فتبقى العين مسلوبة المنفعة بالنسبة الى البطون المتأخرة لعدم سلطنة على هذا المقدار من التصرف فى العين كما هو واضح ٠٠

وعلى الجملة فلب مرام المصنف أن من عليهٔ الخيار انما ملك العين على نحو الاطلاق و ان كان لذى الخيار ارجاع ذلك الى ملكه و لكن قبل أن يرجعها الى ملكه فلمن عليه الخيار أن يتصرف فيها كيف يشاء باعدام العين أو اعدام منافعها الى وقت خاص و هذا واضح جدا ٠

و لكن مضافا الى بعد ذلك فى نفسه و مخالفته للارتكاز حيث انه من البعيد أن يقال أن المشترى مثلا بمجرّد أن اشترى شيئا مع البيع الخيارى أن آجر ذلك الى خمسين سنة أو أزيد فاذا فسخ ذى الخيار العقد فيقول أن العين كانت مملوكة لى و قد آجرتها للغير فانت مستحق للعين مسلوبة المنفعة فان ذلك خلاف الضرورة قطعا ،فافهم ٠

و لكن هذا المطلب يتوقف على ما ذكرناه من معنى الخيار و حاصله أن معنى جعل الخيار فى العين ليس الا انشاء الملكية المحدودة بالفسخ بحيث تكون غايتها حاصلة بالفسخ و تنتهى مدته لا أن الفسخ رافع للملكية و انما نقول بكونه رافعا لها بالمسامحة و المساهلة و الاّ ففى الحقيقة أن المنشأ ليس أزيد من الملكية الخاصة المحدودة و من الواضح أن الامور المحدودة ينتهى أمدها بحصول الغاية كالصوم المغى بدخول الليل و جواز الأكل فى شهر رمضان المغى بدخول الفجر و اذا كانت الملكية على

العین محدودة بالفسخ و بالتبع تکون الملکیة علی المنافع أیضا مقیدة بالفسخ تابعة للعین، و الملکیة علیها مترتبة علی ملکیة العین فلا یعقل أن یکون ملکه للمنافع مطلقة و لکن ملکه للعین مقیدة بالفسخ وعلیه فاذا فسخ ذی الخیار العقد تنفسخ الاجارة أیضا لتمامیة أمد ملک من علیه الخیار أعنی موجر العین لغیره بالفسخ و حصول غایته بذلک، نعم المملوک و ان کان مملوکا لمن علیه الخیار مطلقا بحیث له أن یتصرف فیه کیف یشاء و ان کانت ملکیته لها مقیدة بالفسخ کالسلطنة الموقت و الوزارة الموقته و غیرها من المناصب و الموقة و کرئس الجمهور فی مدة أربع سنوات مثلا فانه و ان کانت سلطنتهم موقته و لکن التصرفات الواقعة فی زمان هذه السلطنة الموقته یمکن ان تکون مطلقة، فانهم مالکون للتصرف فی الأمور فی هذه المدة علی نحو الاطلاق و کذلک فی المقام حیث ان الملکیة و ان کانت مقیدة بالفسخ مغیاة به ولکن المملوک فی مدة هذه السلطنة مملوکة مطلقة و علیه فینفذ فیه جمیع التصرفات من الاتلاف حقیقة أو حکما کالنقل الی غیره ببیع و نحوه و لکن مع ذلک کله فاذا آجر العین من غیره فلا تکون الاجارة نافذة لما بعد الفسخ أیضا.

و السرّ فی ذلک أن العین فی فرض الاجارة لم تخرج من ملک الموجر بل انما ملک المنفعة للمستأجر فاذا فرضنا أن ملکیته للعین مقیدة بالفسخ بمعنی أن العین اذا بقیت فی ملکه فملکیته لها مقیدة بالفسخ فتکون المنافع أیضا کک، و لسنا نقول ان ملکیة المنفعة لا تنفک عن ملکیة العین حتی یقال انه قد یبیع الانسان العین مسلوبة المنفعة کما اذا آجرها لشخص ثم باعها من شخص آخر، بل نقول انه اذا ملک الانسان العین بالملکیة المحدودة فلا یعقل أن یملک المنفعة بالملکیة المطلقة لأن الملکیة الثانیة مترتبة علی الاولی کما هو واضح.

و علی هذا فالوقف و ما ذکرناه شیء واحد و لا فارق بینهما أصلا فما

ذكره المصنف من الفارق ممنوع و من هنا لا وجه للقول بانه كما يمكن لمن عليه الخيار أن يملك العين لشخص آخر ملكية مطلقة فى زمان الخيار كالبيع و نحوه ، و لم يكن البيع باطلا بالفسخ ، بل ينتقل العوض الى البدل فكذلك الحال فى المنفعة أيضا و ذلك من جهة أن العين لمكان كونها من قبيل الجواهر لا يتقيد بالزمان كما ذكره أهل المعقول فأن الزمان لا يكون مقدرا للجواهر فلا يقال دار اليوم و دار الغدو أن احدهما غير الآخر و لكن المنافع تقدّر بذلك لكونها من قبيل الأعراض و عليه فيمكن تمليك المنفعة بمقدار خاص من الزمان و لكن لا يمكن ذلك فى تمليك العين بأن يملكها لشخص زمانا خاصا و عليه فلا يمكن تمليك العين للغير مقيدة بزمان و أما المنافع فلمكان كونها من قبيل الأعراض فيمكن أن تقدر بالزمان و ح فحيث كانت ملكية المنافع يتبع ملكية العين و المفروض أنها باقية فى ملك من عليه الخيار فاذا فسخ ذو الخيار العقد فيرجع الى العين فبتبع ذلك يرجع الى المنفعة أيضا لما عرفت أن تمليك المنفعة فى زمان ممكن ، نعم اذا ملك العين من شخص ببيع و نحوه و لا يمكن الرجوع اليها بعد الفسخ لما عرفت أن الملكية العين لا تقطع بالزمان لكون العين من الجواهر ، و الجواهر لا يقيد بالزمان كما ذكر اهل المعقول فافهم ·

و ما ذكره المصنف من قياس المقام بالتفاسخ قياس مع الفارق بداهة أن معنى الفسخ هل هو حل العقد السابق و حصول أمد الملكية الحاصلة بالعقد و ليس هنا ملكية جديدة حاصلة بالعقد و هذا بخلاف التفاسخ فان الملكية الحاصلة به ملكية جديدة و حاصلة بالمرضات الجديدة كما هو واضح ·

و عليه فيكون اجارة العين للغير قبل التفاسخ نظير بيع العين المستأجرة

فتكون منتقلة الى المشترى مسلوبة المنفعة و هذا بخلاف المقام فان الملكية ليست جديدة كما عرفت فما ذكره المحقق القمى هو متين جدا ولعل غرضه هو ما ذكرناه من ذهابه الى كون الملكية مقيدة بالفسخ و ان لم يصرح به ·

لا يقال انه لو آجر من عليه الخيار العين المنتقلة اليه ثم فسخ ذى الخيار العقد لا تبطل الاجارة لعدم كون الملكية على هذا مقيدة بالفسخ فانه يقال ان ملكيته لما انتقل اليه تابعة لملكية ما انتقل عنه فاذا كانت الملكية هناك مقيدة فتكون هنا أيضا مقيدة وعليه فاذا قلنا ببطلان الاجارة هناك فنقول ببطلانها هنا أيضا ·

(أقول : قد اوردت على الاستاذ بهذا الاشكال و اجاب عنه بهذا الجواب و لكنه أيضا لا يتم فان الملكية فى هذا الطرف أيضا لو كانت مقيدة لما أوجب زيادة القيمة فى ناحية من عليه الخيار و نقصانه فى ناحية من له الخيار ، فافهم) ·

لا يقال أن الملكية فى البيع الخيارى اذا كانت مقيدة بالفسخ فيماذا انتقل هذه الملكية اعنى الحصة الباقية الى من عليه الخيار بالاجارة ·

فانه يقال انها تنتقل اليه بالفسخ مجانا و ليس بيعا ثانيا حتى يورد عليه بعدم ترتب آثار البيع عليه و ليس له الرجوع اليها ثانيا كما هو الحال فى الهبة المجانية فان الرجوع انما يكون اذا كانت الهبة متعلقة بالعين لا بنفس الملكية ·

و دعوى أنه لا معنى لاسقاط الملكية لعدم شمول دليل السلطنة عليه مدفوعة بأن الاسقاط بدليل أدلة اسقاط الخيار كقوله عليه السلام اللّه ، و ذلك رضى منه بالبيع لا بدليل السلطنة ليورد بعدم شموله على رفع اليد عن السلطنة كما هو واضح ، و ان شئت فقل ان معنى الخيار هو كون المنشأ هو الملكية المحدودة بالفسخ على تقدير عدم امضاء ذى الخيار ذلك ، فح لا

نحتاج بذلك الطريق الاعوجاج من نقول أن دائرة المنشأ مضيقة من الاول بعدم الامضاء لا أنه مضيق مع قطع النظر عنه حتى يرد الاشكال المذكور .

قوله : ثم انه لا اشكال في نفوذ التصرف باذن ذي الخيار .

أقول : ذكر المصنف أنه اذا أذن من له الخيار لمن عليه الخيار في اجارة العين يسقط خياره بذلك لدلالة العرف على ذلك و منع بذلك عما ذهب اليه المحقق الأردبيلي من منع دلالة الاذن على سقوط الخيار ثم أبدل ذلك بأنه لا يكون الاذن في البيع أقل من التقبيل الموجب لسقوط الخيار و كذلك أيده برواية السكوني من كون العرض على البيع موجبا لسقوط و التزاما بالعقد فالاذن لا يقل عنه .

أقول : هذا المسئلة أيضا متوقفة على ما ذكرناه في معنى الخيار فانه اذا كان معنى الخيار هو تحديد الملكية و أن ملكية المنفعة تابعة لملكية العين كما عرفت فتكون ملكية المنفعة أيضا محدودة بالفسخ بالتبع فلامحال يكون الاذن موجبا بسقوط الخيار و ذلك اذ ليست ملكية من عليه الخيار للعين مطلقة حتى لا تبقى خيار لذي الخيار بداهة أنه اذا آجر من عليه الخيار العين باذن من له الخيار الى مدة وغير مقيدة بالفسخ فقهرا تكون الاجارة بالنسبة الى الزائد عن زمان الفسخ باذن ذي الخيار فيكون معناه ح أن ذي الخيار رفع اليد عن التحديد المذكور و مع ذلك القول ببقاء الخيار التزام بالتحديد و ليس هذا الآ خلفا و مناقضة كما هو واضح هذا اذا اذن من له الخيار لمن عليه الخيار أن يوجر العين لنفسه وأما لو اذن في الايجار فقط من غير أن يقيده بكون الاجارة لمن عليه الخيار فلا وجه للبطلان لعدم دلالة ذلك الكلام على كون الاجارة لمن عليه الخيار حتى يكون ذلك دالا على الغاء التحديد عن ملكية من عليه الخيار فيحكم بسقوط الخيار ، بل يمكن أن يكون اذنا في الاجارة لتكون اجرته للموجر و هو من

علیه الخیار فی مدة الاجارة و لمن له الخیار بعد الفسخ و اذن فلا دلالة لکلامه علی سقوط خیاره کما اذا صرح بذلك فانه لیس فیه محذورا أصلا فافهم .

فماذکره المصنف من دلالة الاذن عرفا علی السقوط ممنوع علی اطلاقه و انما هو یدل علی ذلك فی الصورة الاولی دون الثانیة کما لا یخفی .

و حاصل الکلام أن من جملة الفروع التی ذکرها المصنف أنه هل یجوز ایجار العین فی زمان الخیار أو لا ، و تحقیق هذه المسئلة فی ضمن جهات

الاولی : فیما یرجع الی عبارة المصنف حیث انه ذکر أولا فی مطلع کلامه أنه هل یجوز اجارة العین فی زمان الخیار بدون اذن ذی الخیار فیه وجهان ، من کونه ملکا له فیکون التصرف صادرا من أهله و واقعا فی محله فیحکم بصحة الاجارة و من کون العین متعلقة لحق الغیر فیحکم ببطلان هذا التصرف فان الفاسخ مسلط لأخذ العین و مع ذلك فلا وجه للحکم بصحة الاجارة فانه بعد ما أخذ الفاسخ العین من المستأجر لا یبقی مجال لصحة الاجارة فان صحتها متوقفة علی أن یأخذ المستأجر العین لاستیفاء المنفعة منها ثم ذکر أنه لو آجر العین باذن من له الخیار أو من نفس ذی الخیار ثم فسخ ذی الخیار فلا تبطل الاجارة ثم بعد اسطر ذکر أنه لا شبهة فی نفوذ التصرف اذا کان الایجار باذن من له الخیار و انما الکلام فی أنه هل یکون ذلك الاذن موجبا لسقوط الخیار أو لا وعلی القول بعدم سقوطه بالاذن فهل تبطل الاجارة بنفس التصرف المتحقق فی الخارج أولا ، فیعلم من ذلك أن ما ذکره من أنه لو آجر العین باذن من له الخیار أو من نفس ذی الخیار ففسخ لا تبطل الاجارة أمر مسلم فلا شبهة فیه و کان هذا لیس موردا للاشکال بین الفقهاء ، بل الظاهر أن کلام المحقق القمی أیضا لیس فی هذه الصورة و انما مورد الخلاف و مورد کلام القمی هو الشق الاول أعنی

ما اذا آجر من عليه الخيار العين من غير ذى الخيار بدون اذن من له الخيار، وح كيف ساغ للمصنف (ره) عن تعقيب ما هو ليس بمورد للخلاف بالتعليل بأن من عليه الخيار قد ملك العين ملكية مطلقة الخ ، ثم نقل فيه خلاف المحقق القمى و الظاهر والله العالم ، أن فى العبارة سقطافكأنه لما ذكر الوجهان ، فى الشق الاول و هو فرض اجارة العين بغير اذن ذى الخيار ثم ذكر الشق الثانى و حكم فيه بعدم بطلان الاجارة بالفسخ ثم ذكر:

و أما الشق الأول فالاظهر و الاقوى هو صحة الاجارة و علله بما ذكره الى آخر كلامه ،و الاّ فالشق الثانى ليس مورد التلكم أصلا فضلا عن مخالفة القمى فى ذلك ،و لذا لم يستشكل فيه فيما بعد أيضا من حيث بطلان الاجارة وعدمه و انما تكلم فيه من حيث كون الاذن اسقاطا للخيار و عدمه ،ومع عدم كونه مسقطا فهل يسقط بالتصرف أو لا .

الجهة الثانية :أنه ذكر المصنف (ره) وجهان فيما اذا آجر من عليه الخيار العين للاجنبى بدون اذن من له الخيار ثم اختار صحة ذلك من جهة أن من عليه الخيار انما آجر العين فى زمان كان مالكا لها فى ذلك الزمان ملكية مطلقة مستعدة للدوام و من نماء تلك الملكية المطلقة المنفعة الدائمة .فاذا استوفاها المشترى بالاجارة فلا وجه لرجوعها الى الفاسخ ، بل يعود الملك اليه مسلوب المنفعة فى مدة الاجارة نظير البيع بعد الاجارة فان العين تكون ح ملكا للمشترى مسلوب المنفعة فى مدة الاجارة ثم ذكر الفارق بين المقام و اجارة البطن الاول العين الموقوفة (على البطون على حساب البطن بعد البطن) أزيد من مدة عمرهم فانه تبطل الاجارة هنا بموت البطن الاول بخلاف ما نحن فيه ، فان الفارق هو أن البطون المتأخرة انما تلقوا العين الموقفة من أصل السبب و هو الواقف دون البطن الاول فلا يكون البطن الاول مالكا للانتفاع بالوقف أزيد من مدة حياته لكونه أى البطن

الاول مالكا للمنفعة المحدودة بالموت فكأن الواقف صرّح بذلك كما هو واضح بخلاف المقام فان المشترى الاول قد ملك العين و منافعها مطلقة ما دام لم يفسخ فله التصرف فيها و فى منافعها كك، أى على وجه الاطلاق فيكون تصرفه نافذا لكونه صادرا من أهل و واقعا فى محله و اذن فلا وجه لبطلان الاجارة بالفسخ . ثم ذكر أن المقام بعينه نظير اجارة العين الى مدة ، ثم تفاسخا المتبايعان بالاقالة حيث انه لم يحتمل احد هنا بطلان الاجارة و كك اذا باع من عليه الخيار العين فى مدة الخيار فان البيع يكون نافذا فلا يبطل بالفسخ . بل يرجع مالك العين فى الصورة الاولى الى عين ماله ولكن مسلوبة المنفعة و فى الثانية يرجع الى بدل العين كما هو واضح ، هذا ملخص كلامه فى المقام.

و لكنه لا يتم على مسلكنا الذى استثناه فى معنى الخيار و قلنا ان حقيقته يرجع الى تحديد الملكية المنشأة بالفسخ على تقدير عدم الامضاء وعلى هذا فلا معنى لصحة الاجارة الواقعة بدون اذن ذى الخيار بعد فسخه العقد .و يكون عقد الاجارة بالنسبة الى المدة الباقية من زمان الاجارة بعد الفسخ فضولية و موقوفة على اجازة المالك و هو ذوالخيار ذلك العقد أى عقد الاجارة ،و الاّ بطلت اذ ملكية المنافع كانت تابعة لملكية العين فبعد ما كانت ملكية العين محدودة بالفسخ فكانت ملكية المنافع أيضا كك ناذا فسخ العقد مع عدم خروج العين عن ملك من عليه الخيار فكما يتم أمد ملكية العين فكذلك يتم أمد ملكية المنفعة أيضا كما هو مقتضى التبعية.

نعم . لو كانت العين منتقلة الى شخص آخر ببيع و نحوه ولم يكن له الرجوع اليها بعد الفسخ فان ملكية من عليه الخيار و ان كانت مطلقة ولكن المملوك كان مملوكا مطلقا كما مثلناه بمثل السلطنة والوزارة وحيث ان العين من قبيل الجواهر و هى لا تتقيد بزمان فيكون الانتقال الى المشترى الثانى

أبديا و هذا بخلاف المنافع فانها من قبيل الأغراض فتقدره بالزمان فيمكن أن تملك حصة منها دون الحصة الاخرى و عليه فبالاجارة تملك للمستأجر الى أن يتحقق الفسخ ، و أما الحصة الباقية بعد الفسخ فلا ، كما هو واضح.

و أما قياس المصنف ذلك بالتفاسخ قياس مع الفارق بداهة أن معنى الفسخ هو ارجاع الملكية السابقة و ان كان انحلال العقد انما هو من زمان الفسخ ، و هذا بخلاف التفاسخ ، فانه تمليك جديد من الطرفين فلا بأس في التمليك الجديد أن تمليك الانسان العين مسلوبة المنفعة كما اذا آجرها من شخص ثم باعها من شخص آخر و كك الأمر بالتفاسخ ، و اذن فالمقام بعينه مثل الوقف و لا فارق بينهما من هذه الجهة أصلا فما ذكره المصنف من الفرق بينهما غير واضح.

قوله : ثم انه لا اشكال في نفوذ التصرف باذن ذي الخيار وأنه يسقط خياره.

أقول : قد عرفت أن المصنف (ره) قد اشار الى عدم بطلان الاجارة بالاذن فيها أو باستئجار نفسه العين ممن عليه الخيار وهذا لا شبهة فيه و لا أنه مورد الخلاف بين الفقهاء و لذا ارسله المصنف ارسال المسلم على النهج الذي ذكرناه من وقوع التصحيف في العبارة وانما اشار الى جهتين أخيرتين في المقام ، أحديهما سقوط الخيار بالاذن في الايجار ، و الثانية مع قبول عدم سقوط بذلك لسقوطه بالتصرف بحيث أن الجهة الثانية في طول الجهة الاولى أما الجهة الاولى فبناء على مسلكنا في معنى الخيار من كونه عبارة عن كون المنشأ مقيدة بالفسخ على تقدير عدم الامضاء ، وعليه فما لم يأذن من له الخيار في الايجار أو لم يجز العقد بعد الايجار ، يكون العقد فضوليّا بالنسبة الى ما بعد الفسخ فتبطل الاجارة بالرد و بعدم الامضاء و أما اذا اذن فيه أن يستأجر العين لنفسه بأن قال أجر هذه العين ولك

اجرتها ٠

أو بعبارة أخرى تدل على كون الاجرة للموجر فلا شبهة ح فى صحة الاجارة مطلق و سقوط الخيار بهذا الاذن بداهة أنه لا يعقل كون مجموع الأجرة للموجر مع عدم الفسخ ،فان من عليه الخيار الذى هو الموجر لم يكن مالكا للعين و المنفعة الاّ بالملكية المحدودة بحيث كان أمدها حاصلا بعد الفسخ و صارت العين و منفعتها ملكا للمستأجر و اذا صرّح ذى الخيار كون جميع أجرة العين فى زمان الاجارة للموجر حتى بعد الفسخ فلا يعقل هذا الاّ برفع اليد عن الفسخ و امضاء العقد و جعل ملكية من عليه الخيار مطلقة و الاّ يلزم التناقض فان مقتضى كون مجموع الاجرة له الملكية مطلقة و الاّ لم يكن الاجرة بعد الفسخ له و مقتضى عدم سقوط الخيار أن الملكية ليست بمطلقة و هما متناقضان ،فافهم ٠

نعم ، لو لم يدل الاذن على كون الاجرة للموجر ، بل يجتمع مع كونها لذى الخيار أيضا بعد الفسخ ، فلا يسقط الخيار بالاذن المذكور ، فان الاذن بالايجار لا يناف بقاء الخيار كما اذا صرّح بذلك و يقول اذنك فى ايجار العين كيف شئت الاّ أن الاجرة لك ما لم تفسخ العقد و أما بعد الفسخ فهى ملك لى و هذا واضح ٠

و أما على مسلك المصنف فانه (ره) قد استدل على سقوط الخيار بوجهين ، الاول : دلالة الاذن عرفا على سقوط الخيار ، فأن أهل العرف يفهمون من مثل ذلك السقوط كما هو واضح ٠

ثم ناقش فى دلالة الاذن على السقوط فى آخر كلامه و شبهه باذن المرتهن للراهن ببيع العين المرهونة حيث ذكر أنه لا يسقط حق الرهانة بذلك عن العين المرهونة بحيث له الرجوع عن اذنه قبل البيع وكلشفى المقام ٠

ثم تمسك بالوجه الثانى للقول باسقاط الاذن ذلك و هو أن الاذن

تضمن للرضاء بالعقد بداهة أنه ليس بادون من تقبيل الجارية فكما أنه يدل على سقوط الخيار فيها وكذلك الاذن في التصرف فانه يكشف عن رضاء ذي الخيار بالعقد، فيحكم بالسقوط ثم ايده برواية السكوني في كون العرض على البيع موجبا لسقوط الخيار، فالاذن بالتصرف أولى بذلك منه كما هو واضح.

أما الوجه الاول: فيرد عليه أن المراد من دلالة الاذن في التصرف من ذي الخيار أن كان هو الدلالة المطابقية أو التضمنية فهو بديهي البطلان بداهة أنه ليس لسقوط الخيار من ذي الخيار باذن منه في تصرف من عليه الخيار في العين التي انتقلت اليه معنى مطابقيّا للاذن ولا معنى تضمنيّا لذلك لعدم وضع هذه اللفظ في لغة من اللغات على ذلك فلا يعقل معه دعوى الدلالة المطابقية أو التضمنية.

و أما الدلالة الالتزامية فهي أيضا منفية و ذلك من جهة أن اذن ذي الخيار في التصرف من عليه الخيار في العين لا يزيد على ما يقتضيه طبع العقد شيئا فان مقتضى البيع هو أن كون من عليه الخيار مالكا للتصرف فيما انتقل اليه غايته ملكية محدودة و لا شبهة أنه يجوز للملاك أن يتصرفوا في أموالهم لكونهم مسلطين على ذلك سواء اذن لهم من له الخيار أو سكت، بل منع عن التصرف فاذا كان ذلك من مقتضيات طبع المعاملة فلا يترتب على الاذن في تصرفه فيها أثر أصلا، اذ لا يزيد على أصل مقتضى طبع المعاملة شيئا أصلا فحيث ان المصنف (ره) قد التزم بحصول الملكية المطلقة لمن عليه الخيار من غير أن تكون مقيدة بالفسخ فلا محالة فجاز له التصرف بحسب مقتضى طبع العقد كذلك، و اذن من له الخيار في ذلك لا يوجب شيئا وراء ما يقتضيه أصل طبع المعاملة، فهل يتوهم أحد أنه لو أشترى شخص ثوبا وقال له صاحبه و هو البايع البسه أن هذا اسقاط لخيار المجلس وكذلك نظائره فان العرف لا يشكون في عدم دلالة قوله البسه على سقوط الخيار و أي فرق

بینه و بین المقام کما هو واضح ، بل یمکن أن یتوهم أن دلالة اذن المرتهن للراهن ببیع العین المرهونة علی سقوط حق الرهانة عن العین دلالة عرفیة موجودة و لکن لا سبیل لهذا التوهم هنا و ذلك لأن الراهن لم یکن له التصرف فی العین المرهونة قبل اذن المرتهن و هذا بخلاف المقام ،فان من علیه الخیار له التصرف فی العین المنتقلة الیه بحسب مقتضی طبع العقد بدون اذن ذی الخیار کما عرفت.

و بعبارة أخری معنی الدلالة الالتزامیة أن یلزم العلم باللازم بتصور الملزوم فی الالتزام البین بالاخص ،و فی البین بالمعنی الأعم أن یلزم من تصور اللازم والملزوم و النسبة بینهما العلم باللزوم و من الواضح أن کلیهما منفی فی المقام ، فانه لا یلزم من تصور الاذن و سقوط الخیار وتصور الملازمة بینهما العلم بالملازمة بینهما فعلی مسلك المصنف فلا وجه لسقوط خیار ذی الخیار باذنه فی التصرف من علیه الخیار فی التصرف فی العین المنتقلة الیه کما هو واضح .

و من هنا ظهر أیضا أنه لو اذن ذی الخیار لمن علیه الخیار فی بیع العین من غیره فلا یسقط خیاره ، فان جواز نقل العین لمن علیه الخیار من مقتضیات نفس العقد فلا یکون الاذن فیه موجبا للزیادة الاذن فی التصرف لیکون التصرف مستندا الیه لیکون الاذن ح موجبا لسقوط الخیار.

و الحاصل : أن الاذن لا یوجب زیادة التصرف الذی لم یکن قبل الاذن بحیث یکون مشروعیة ذلك التصرف مستندا الی الاذن لکی یحکم بدلالة الاذن ح علی سقوط الخیار کما هو واضح ،و من هنا التزمنا بسقوط الخیار بالاذن فی التصرف بناء علی مسلکنا ، فان جواز تملك من علیه الخیار منفعة العین بعد فسخ العقد أیضا مستند الی اذن ذی الخیار لعدم وجوده قبل ذلك فیکون ح دالا علی سقوط الخیار لتحقق الملازمة بینهما علی

هذا ، بل يمكن أن يكون مع اذنه بانيا على الفسخ ، بل يصرح بذلك مع انه لو كان الاذن دالا على السقوط لكان ذلك منافيا لمفهوم الاذن ·

و أيضا قد ظهر مما ذكرناه أنه لو آجر ذوالخيار العين المنتقلة الى من عليه الخيار من الغير لنفسه بان تكون الأجرة له ، فلا مناص عن كون ذلك فسخا للعقد مقابل ما ذكرناه من اذنه له أن يوجرها من غيرها لتكون الاجرة له أى لمن عليه الخيار فانه لا معنى لبقاء العين فى ملكه أى من عليها الخيار مع أن تكون المنافع ملكا لذى الخيار ، بحيث تكون الاجرة التى فى مقابل المنافع ملكا له كما هو واضح ·

و أما الوجه الثانى : و هو الالتزام بدلالة الاذن على كون ذى الخيار راضيا بالعقد كالتقبيل ، ففيه أنا ذكرناه فى خيار الحيوان أن أمثال هذه التصرفات كالتقبيل و اللمس و النظر ، بل الوطى على كون المتصرف راضيا بالعقد ، بل يمكن ذلك مع بنائه على عدم الفسخ أصلا فضلا عن أن يكون خاليا عن البناء أيضا و كك الاذن فانه يمكن أن يأذن فى التصرف على ما هو مقتضى طبع العقد و مع ذلك كان بنائه على الفسخ أو مسكوتا عنه من غير أن يكون ذلك منافيا لمفهوم الاذن كما عرفت ، نعم التزمنا بكون الامور المذكورة موجبة لسقوط الخيار لا من جهة كشفها عن الرضا بالعقد ، بل من جهة التعبد الشرعى و دلالة النص على السقوط بها كما هو واضح ، فافهم ·

(و من هنا ظهر عدم دلالة رواية السكونى أيضا على ذلك لكونها واردا على نحو التعبد على أنها ضعيفة السند) على الظاهر نعم اذا كانت هنا قرينة خارجية دلة على سقوط الخيار بالاذن و أنه مصداق لذلك فلا بأس به ·

لا يقال على ما التزمتم من كون الخيار راجعا الى تحديد الملكية يلزم الالتزام بصحة البيع الى أمد خاص مع أنه لم يلتزم به أحد ، و فيه أنه لم يكن نص على بطلان مثل ذلك البيع لم يكن محذور فيه ، و لكن النص دل على

بطلانه لا یقال بناء علی ماالتزمتهم من المبنی المذکور یمکن لنا القول بجواز رجوع ذی الخیار الی من علیه الخیار، فیما اذا نقل العین الی غیره وابقی المنفعة فی ملکه فانه مع الفسخ یرجع الی المنفعة و یتملکها بالفسخ و أن الفسخ ارجاع الملکیة الاولی.

و فیه أن ملکیة المنفعة تابعة لملکیة العین فاذا أمکن ارجاع العین الی الملکیة السابقة فترجع معها المنفعة و الاّ فلا، کما هو واضح، و أما الرجوع الی المنفعة فقط دون العین علی خلاف الارتکاز العرفی من تبعیة ملکیة المنفعة لملکیة العین، فافهم.

الجهة الثانی: (اعنی سقوط الخیار بوقوع التصرف فی الخارج باذن ذی الخیار) أنه ذکر المصنف (ره) أن التصرف الواقع تفویت لمحل هذا الحق و هی العین باذن صاحبه فلا ینفسخ التصرّف و لا یتعلق الحق بالبدل لأن اخذ البدل بالفسخ فرع تلف العین فی حال حلول الحق فیه، لا مع سقوط الحق عنه.

أقول: ان کان مراد من هذه العبارة أنه یعتبر أن یکون التلف فی زمان وجود الحق لا فی حال سقوطه، بمعنی أنه انما یبقی حق الفسخ لذی الخیار مع تصرف من علی الخیار فی زمان وجود حق الفسخ لذی الخیار و حلوله فانه ح یکون التصرف فی متعلق حق الغیر فلا یکون مثل هذا التصرف موجبا لسقوط الخیار فان حین تحققه أی التصرف قل تحقق فی متعلق حق الغیر و علیه فله أی لذی الخیار أن یفسخ العقد بعد التصرف المذکور فان کانت العین باقیة یرجع الی العین و الاّ فالی البدل و أما اذا کان التصرف واقعا علی العین فی زمان لیس لذی الخیار حق، بل سقط ذلک بواسطة التصرف و لم یکن التصرف فی متعلق حق الغیر فح لا یکون له خیار حتی یفسخ العقد و یرجع الی البدل و من المفروض أنه اذا اذن لمن علیه الخیار

أن يتصرف فی العین فقد اسقط خیاره بذلك،و وقع التصرف فی زمان سقوط الخیار لا فی زمان وجوده و حلوله لیکون التصرف واقعا فی متعلق حق الغیر فلا یکون منافیا لثبوت الحق ٠

و ان کان مراده هو هذا ، فلا نفهم معنی ذلك بوجهولا یمکنتصحیحه بوجه اذ یرد علیه :

أولا : أن کلامنا فی سقوط الخیار بالتصرف بأنه هل یسقط بذلك أو لا یسقط،ففرض سقوط الخیار بهبحیث یکون التصرف واقعا فی زمان سقوط الخیار لیس الاّ دورا واضحا ، فان سقوط الخیار یتوقفعلی وقوع التصرف و کون التصرف مسقطا للخیار متوقفعلی سقوط الخیار لیکون واقعا فی زمان سقوطه لا فی زمان حلوله کما هو واضح ٠

و الحاصل : لو قلنا بان التصرف فی مثل القرض یکون مسقطا یلـزم الدورعلی أنه کیف یکون التصرف مسقطا للخیار مع أنه فی زمان کان لا لخیار لیس هنا التصرف و فی زمان تحقق فیه التصرف لیس هناك خیار فلا ربط بالتصرف بسقوط الخیار أصلا کما لا یخفی ٠

و ثانیا : لا دلیل علی وقوع التصرف الذی یثبت منه الخیار أی لا یضر بوجوده فی زمان وجود الحق لیکون التصرف فی متعلق حق ذی الخیار ، بل مع کونه واقعا فی زمان عدم الخیار أیضا یمکن أن یبقی لذی الخیارحق الفسخ ،فاذا اتلف من علیه الخیار العین فبفسخ ذی الخیار العقد فیأخذ ممن علیه الخیار بدل العین کما اذا کان لاحد المتبایعین خیار منفصـل ککون فی رأس الشهر فقد تصرف الآخر فی العین تصرفا متلفا أو ما هو فی حکم الاتلاف کنقله الی غیره ببیع و نحوه فان ذلك یمنع عن ثبوت الخیار لذی الخیار فی رأس شهر و لم یحتمل أحد سقوط الخیار بتصرف من علیه الخیار قبل وصول زمان الخیار و علیه فاذا وصل وقت الخیار و فسخ ذو الخیار العقد

ینتقل ضمان العین الی البدل فیأخذ ممن علیه الخیار بدل ماله من المثل أو القیمة فلا ملازمة بین فسخ العقد و الرجوع الی البدل و بین کون التلف أوما هو فی حکمه فی زمان حلول الحق لا فی زمان سقوطه کما هو واضح.

و أیضا لا شبهة فی جواز تفاسخ المتبایعین بالاقالة مع تلف أحدی العینین أو کلیهما فانه بعد ذلک یرجع الی البدل مع أنه لم یکن حق لاحدهما کما فیما انتقل الی الآخر و بالعکس لیکون التلف فی زمان وجود الحق کما هو واضح ،فکیف مع عدم الدلیل علی ما ذکره المصنف علی ما هو ظاهر کلامه فالدلیل علی خلافه کما عرفت فلا یمکن المساعدة علی هذا الرأی بوجه.

و حیث کان هذا الاحتمال بعیدا عن المقام المصنف و لم یکن له معنی محصلا أصلا ،فقد وجه شیخنا الاستاذ سقوط خیار من له الخیار بتصرف من علیه الخیار باذن ذی الخیار بوجه آخر ،و لعله هو مراد المصنف أیضا و قال أن الاولی أن یعلل لسقوط الخیار بالتصرف بما اشرنا الیه فی خیار الغبن ،و هو أن التصرف المأذون فیه مفوت لمحل الحق ، حیث ان الغرض من الفسخ استرجاع الملك السابق اما بعینه أو ببدل و کل منهما متعذر أما العین فلخروجها عن ملك المشتری بالتصرف الناقل أو بالاتلاف ، و أما البدل فلأنه فرع کون العین مضمونة علیه و بعد کونه مأذونا فی التصرف لا یمکن أن یکون ضمان العین علیه ، فلا موضوع لانتقال الضمان الی بدلها فاذا امتنع الضمان امتنع الفسخ فامتنع الخیار.

و هذا الذی ذکره الاستاذ له وجه ،و قد ذکرنا أنه یمکن أن یکون مراد المصنف و لکن یرد علیه أنه کما أن اذن ذی الخیار فی تصرف من علیه الخیار لا یوجب سقوط الخیار ،و کذلك وقوع التصرف فی الخارج باذن ذی الخیار أیضا ، لا یوجب سقوط الخیار و ان کان التصرف واقعا فی متعلق حق الاذن

و السرّ في ذلك هو ما تقدم من أن جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من العوض انما هو من مقتضيات طبع العقد سواء أذن له ذو الخيار أم لم يأذن، لأن العين كانت مملوكا له و لا شبهة في جواز تصرف الملاك في ملكهم بأي تصرف شائوا وعلى هذا فاذن ذي الخيار في التصرف فيها مع تحقق التصرف أيضا في الخارج لا يوجب سقوط حقه ،وعدم كون التصرف في متعلق حقه بل يمكن أن يكون بنائه أي الآذن هو الفسخ ،و لوبعد تلف العين أو يصرح بذلك و أنه يرجع الى البدل مع كون التصرف متلفا للعين ، مع أنه لو كان بينهما منافات لما جاز التصريح بذلك ·

نعم ، لو كانت العين مملوكة لذي الخيار لكان اذنه في التصرف فيها موجبا لسقوط الضمان ،و ليس كك ، فاذن لا شبهة في بقاء حق ذي الخيار مع تحقق التصرف في الخارج ،وح فاذا فسخ ذي الخيار العقد فان مقتضى قانون الفسخ هو رجوع كل من العوضين الى مالكه الأولى و مع عدم بقاء العين يرجع الى البدل ·

و بعبارة أخرى أن مقتضى طبع العقد هو جواز تصرف من عليه الخيار في ما انتقل اليه من العين سواء اذن به ذو الخيار أم لا ،و سواء تحقق التصرف في الخارج باذن من له الخيار أم لا ، فان اذن من له الخيار في ذلك لا يزيد بالنسبة الى أصل الجواز شيئا اصلا ،وعليه فلا ينافي اذن ذي الخيار في ذلك ببقاء الخيار أصلا كما اذا صرح بذلك لعدم التنافي في ذلك أصلا ·

و أما كون من عليه الخيار ضامنا بالبدل بعد فسخ العقد فانما هو من جهة قاعدة ضمان اليد أو ضمان الاتلاف و ذلك فان مقتضى قانون الفسخ هو رجوع كل من العوضين الى مالكه الاولى بعد الفسخ، فاذا فسخ فمقتضى دليل اليد هو لزوم اداء العين فحيث لم تكن العين موجودة فمقتضاه لزوم

اداء البدل و هذا هو الذی تقتضیه قاعدة الضمان بالاتلاف، فان مقتضی من اتلف مال الغیر فهو له ضامن الرجوع الی البدل من المثل أو القیمة فانه بعد رجوع العوض الی مالکه الاول انما اتلف من علیه الخیار انما اتلف مال غیره فهو لهضامن باداء المثل أو القیمة فافهم، فلا یکون الاذن ممن له الخیار فی التصرف ووقوع التصرف فی الخارج سببا لسقوط خیار ذی الخیار أصلا، نعم اذا صدر الاذن فی التصرف من المالك و وقع التصرف المتلف أو ما هو فی حکم الاتلاف فی الخارج فلا شبهة فی کون هذا النحو من الاذن موجبا لعدم ضمان المتلف بذلك العین فان الاذن قد صدر من أهله ولا بدّ من الالتزام بلوازمه و هذا غیر من له الخیار فی التصرف فیما انتقل الی من علیه الخیار فان ذلك التصرف کان مقتضی طبع العقد بخلاف التصرف هنا فانه لم یجز لمأذون له أن یتصرف فی مال غیره قبل الاذن، و انما جاز ذلك بعده کما هو واضح فلا یکون موجبا للضمان فکأن شیخنا الاستاذ خلط بین التصرف الواقع فی الخارج فی مال شخص آخر باذنه فانه لا یوجب الضمان سقوط حقه عن ماله باذنه بالاتلاف و بین المقام حیث أن وقوع هذا التصرف المتلف فی الخارج لا یوجب سقوط حق من له الخیار عن العین أعنی أنه لو فسخ لکانت العین له، فان وقوع التصرف المذکور باذنه فی الخارج لا یوجب سقوط حقه عن الرجوع الی البدل بعد فسخ العقد لعدم کون اذنه فی هذا التصرف موجبا لشیء لم یکن لمن علیه الخیار کما هو واضح .

نعم، لو ثبت من القرائن الخارجیة أن أذن من له الخیار التصرف فی العین الخارجیة لمن علیه الخیار موجب لسقوطه لکونه قاصدا به سقوط خیار أو أنه قصد ذلك بوقوع التصرف فی الخارج و ان لم یکن قاصدا ذلك بالاذن لکان للقول بالسقوط مجالا واسعا و لکنه خلف الفرض فانه الکلام فی دلالة نفس الاذن علی سقوط الخیار کما فی الجهة الاولی فی دلالة نفس

وقوع التصرف فى الخارج على سقوط الخيار كما فى الجهة الثانية ، فافهم ذلك ٠

قوله : مسئلة المشهور المبيع يملك بالعقد و اثر الخيار تزلزل الملك ٠

أقول : الظاهر أن الاولى تقديم هذه المسئلة على المسئلة السابقة ، كما اشرنا اليه فى أول المسئلة السابقة بأن يتكلم أولا فى توقف حصول الملكية بانقضاء زمان الخيار أولا و عدمه ثم يتكلم فى أنه هل يجوز تصرف غير ذى الخيار فيما انتقل اليه أولا فقد ذكرنا أنه لا يجوز ذلك على قول الشيخ لكونه تصرفا فى ملك الغير بدون اذنه فهو لا يجوز و أما على قول غير الشيخ من المشهور القائلين بعدم توقف الملكية على انقضاء زمان الخيار ففيه خلاف فالمقصود أن الاولى تقديم هذه على المسئلة السابقة لتوقفها عليها بخلاف العكس كما عرفت ثم ان المعروف و المشهور بين الفقهاء أن الملكية حاصلة من حين العقد فى البيع الخيارى غايته ملكية متزلزلة ٠

و لكن الظاهر من الشيخ الطوسى و من تبعه انها تحصل بعد انقضاء زمان الخيار لكل من ذى الخيار و غيره اذ لا معنى لحصول الملكية لطرف واحد دون الآخر فان البيع مبادلة مال بمال فلا معنى للانتقال من طرف دون الآخر فافهم ٠

و قد اضطربت كلمات الفقهاء فى فهم كلام الشيخ و بيان مرداه فان ظاهر اطلاق المحكى عن المحقق و جماعة أن الشيخ التزم بعدم حصول الملكية فى زمان الخيار المختص بالمشترى أيضا ٠

بل صرح فى التحرير بشموله لذلك لكن ذكر الشهيد فى الدروس خلافا فى حصول الملكية من حين العقد أو بعد انقضاء الخيار ثم نسب الى الشيخ التزامه بحصول الملكية من حين العقد فى الخيار المختص للمشترى و نقل عن ابن الجنيد توقف حصول الملكية على انقضاء زمان الخيار ثم وقع الخلاف

بین الأعلام فی أن الشیخ فیما یقول بتوقف الملکیة علی انقضاء زمان الخیار هو من باب الکشف أو النقل و أیضا وقع الکلام فی أنه یقول بذلک فی الخیارات المتصلة فقط أو مطلقا و ان کانت الخیارات منفصلة عن العقد وأن مراده هو ذلک فی صورة کون الخیار لکل من البایع و المشتری أو للبایع، و أما اذا اختص بالمشتری فلا یقول بذلک أو یقول به مطلقا کما عرفت الاشارة الی کون کلامه مطلقا بالنسبة الی الخیار المختص بالمشتری أیضا علی ما هو المحکی عن المحقق و جماعة ،و ظاهر بعضهم عدم التوقف فی صورة اختصاص الخیار بالمشتری کخیار الحیوان و نحوه ·

و علی الجملة اضطربت کلمات الفقهاء فی نسبة القول بتوقف الملکیة علی انقضاء زمان الخیار الی الشیخ ، فان منهم من قال بان الشیخ التزم بذلک فی مطلق زمان الخیار و ان کان مختصا بالمشتری أو یقول بذلک فیما کان الخیار ثابتا للمتبایعین معا أو لخصوص البایع و أیضا وقع الخلاف فی أنه یقول بذلک فی الخیار المتصل أو فی الخیار المنفصل أیضا و قد نسب الیه فی القول بعدم التوقف فیما اذا صار أحد المتبایعین مفلسا الی غیر ذلک من الاختلافات و الاضطرابات کما ذکره المصنف فی المتن ،و لا یهمنا تحقیق هذا المطلب و انما المهم بیان مدرک الشیخ القائل بالتوقف مطلقا أو فی الجملة و بیان مدرک المشهور القائلون بعدم التوقف، بل التزموا بحصول الملکیة من حین العقد ·

الظاهر أنه لا شبهة فی دلالة عمومات صحة العقود و المعاملات ، و لزومها علی کون الملکیة حاصلة من الأول لا أنها متوقفة علی شیء ، فان الظاهر من قوله تعالی أحل اللّه البیع، أن ما ینتقل الی کل من المتبایعین بوسیلة البیع یجوز له التصرف فیه بخلاف ما کان فیه الرباء ، فانه لا یجوز فان معنی حلیة البیع ملازم لحلیة ما یحصل النقل والانتقال بواسطة البیع وکك

أوفوا بالعقود ، خصوصا قوله تعالى و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الاّ أن تكون تجارة عن راض. فان الاكل ليس هو الازدراد ، بل هو كناية عن التملك فمحصل الاية أنه لا تتملكوا أموالكم بالباطل ، و لكن تتملكوا بالتجارة عن تراض ، فالله تبارك و تعالى قد حصر اسباب التملك المشروع بمقتضى النفي و الاثبات بالتجارة عن تراض و جعلها سببا وحيدا لذلك مقابل التملك الباطل ، فمقتضى ذلك أن الملكية حاصلة من حين العقد لصدق التجارة عن تراض على البيع من حين العقد ، و قد فرضنا أن التجارة عن تراض هو السبب الوحيد لحصول الملكية فتحصل الملكية في البيع من حين العقد من غير توقف على انقضاء زمان الخيار ، بل هذا هو الذي قامت عليه السيرة بين الناس فانهم يعاملون مع الثمن معاملة الملكية من حين العقد من غير توقف في ذلك على شيء و من الواضح أن الشارع قد أمضى ما هو المتعارف بين الناس من المعاملات و ليس له في ذلك طريق خاص غاية الأمر قد منع عن بعض المصاديق تخطئة للعرف كما أضاف اليها بعض الشروط لذلك و مع الشك في مورد أنه اعتبر الشارع هنا شرطا أو لم يعتبر فيتمسك بالاطلاقات و العمومات الدالة على صحة المعاملات ونفوذها ويحكم بحصول الاثر من الاول و عدم توقفه على شيء آخر ، بل هذا هو مقتضى ما انشاءه المتعاملان فان غرضهما جعل البيع سببا للملكية وهو يقتضي حصولها من حين العقد الاّ دل دليل خارجي على توقفها على شيء آخر كما في بيع الصرف والسلم ، فان الدليل الخاص دل على توقف حصول الملكية بالتقابض في المجلس و عدم حصولها بمجرّد البيع كما هو واضح .

ثم انه لا يكفي مجرد وجود هذه العمومات و الاطلاقات في بطلان مسلك الشيخ ، بل لا بدّ و أن يلاحظ أن هنا رواية تدل على مسلكه أولا و على تقدير وجود الرواية على ذلك فهل هنا رواية أخرى تدل على مسلك

المشهور و روایة آخر تدل علی مسلك الشیخ مع تمامیة میزان الحجیة فیهما فیقع المعارضة فاما یحکم بالتساقط فیرجع الی عمومات الکتاب و اطلاقاتها أو یؤخذ ما هو موافق للکتاب و هو ما دل علی عدم توقف حصول الملکیة علی انقضاء زمان الخیار فیثبت بذلك أیضا قول المشهور و اذن فلابدّ من صرف عنان الکلام الی ما استدل به علی کل واحد من القولین ٠

و قد استدل علی القول المشهور و هو عدم توقف حصول الملك علی انقضاء زمان الخیار بوجوه مضافا الی اقتضاء العمومات ذلك ٠

الاول : الاخبار الواردة فی خیار المجلس کقولهم علیهم السلام : البیعان بالخیار ما لم یفترقا فاذا افترقا وجب البیع، حیث ان الظاهر من لفظ الخیار الوارد فیها هو کون البیّع مخیرا فی فسخ العقد وعدمه بحیث قد فرض هنا بیع ثم حکم بثبوت الخیار له ، و من الواضح جدا أن البیع انما یصدق علی المتعامل بعد حصول الملکیة فالمتحصل من الروایة بقرینة اطلاق البیع علی المتبایعین هو حصول الملکیة فی زمن الخیار اذ ما لم تتحقق الملکیة لم یتحقق البیع و اذا لم یتحقق البیع لا یصدق البیّعان علی المتعاملین فحیث اطلق البیّعان علیهما فنکشف من ذلك حصول الملکیة فی زمان الخیار کما لا یخفی ٠

و من هنا اتضح أنه لا یتوقف الاستدلال بهذه الروایات علی المقصود علی کون الخیار بمعنی الاختیار فی استرجاع العین و کون المتبایعین مخیرین فی بیع العوضین من شخص آخر مثلا ، و ابقائها کذلك فانه علی هذا استکشف حصول الملکیه من الأول ، و وجه الفساد انك قدعرفت وجه الاستدلال مع تعلق الخیار بالعقد ٠

و توهم أن اطلاق البیع باعتبار حصول صورة البیع و ایجادهما مایکون مستعدا لذلك ، أی لحصول النقل والانتقال والملکیة بعد ذلك کما فی

الفضولي توهم فاسد فانه خلاف الظاهر من الاطلاق و من هنا نفى البيع في بيع الصرف و السلم قبل القبض الذى لم تحصل الملكية مع أن صورة البيع قد حصلت كما لا يخفى ، فلا بأس بدلالتها على المقصود ، فافهم ٠

الثانى : الأخبار الواردة فى جواز النظر الى الجارية و تقبيلها ، بل وطيها فى زمان الخيار بعد شرائها بحيث لم يجز ذلك قبل الشراء فيدل ذلك على حصول الملكية فى زمان الخيار فانه لو لم تحصل الملكية فى ذلك الزمان لكان زمان الخيار و قبله سيان فى ذلك، فلم يجز التصرف فى زمان الخيار أيضا كما لا يجوز التصرف قبل زمان الخيار أيضا ٠

و ناقش المصنف فى دلالة هذه الأخبار بأنه يمكن أن يكون التصرفات الواقعه على الجارية بعد العقد فى زمان الخيار امضاء للعقد و اسقاطا للخيار كما يتحقق الرجوع بنفس الوطى فى زمان العدة فى المطلقة الرجعية فانه اذا طلق الرجل زوجته ثم وطئها فى العدة بغير أن يرجع اليها يكون رجوعا اليها و ان لم يقصد الرجوع بذلك، بل كان قاصدا عدمه كما هو واضح٠

و لكنه توهم فاسد بداهة ان فى المطلقة الرجعية ان علقة الزوجية لم تنقطع بعد الطلاق و من هنا اشتهر فى السنة الفقهاء أن المطلقة رجعية زوجة و عليه فلو وطئها الزوج انما وطئ زوجته حقيقة من غير أن تكون الزوجية حاصلة بنفس الوطى و انما الوطى يكون دليل على الرجوع و رافعا لاثر الطلاق فقط، سواء قصد به الرجوع أم لا ، بل الأمر كذلك حتى لو قصد عدم الرجوع، بل قصد الزناء أيضا كأن كان جاهلا لحصول الرجوع بذلك الوطى و قصد الزناء فانه لا يكون الاّ تجرّيًا محضا و أما الحرام فلابداهة أن الوطى انما صدر من اهله و وقع فى محله فيكون رافعا لأثر الطلاق لما أنه يوجد الزوجية أيضا بحيث كانت الزوجية منتفية (فأوجب) الوطى رجوعها ، بل الزوجية كانت ثابتة فالوطى أوجب رفع أثر الطلاق فقط، كما هو واضح، هذا

بخلاف المقام ، فانه على القول بعدم حصول الملكية فی زمن الخيار يكون التصرف واقعا فی ملك الغير فيكون حراما و قد حكم الامام عليه السلام بحلية ذلك ، فيكشف من ذلك أن الملكية قد حصل فی زمان الخيار والحلية مستندة اليها .

الا أن يقال بما اشرنا اليه سابقا من كون الملكية حاصلة فی زمان التصرف و لم نعتبر التقدم الرتبی فی جواز التصرف و نقول بذلك فی كفاية جواز التصرف فی ملك اليمين و نقول بان المستفاد من قوله تعالى أو ما ملكت ايمانهم هو كون المملوك مملوكا للمتصرف فی زمان التصرف و ان حصلت الملكية فی زمان التصرف و لم تكن متقدمة عليه رتبة و ح يجوز التصرف فی الامة فی زمان الخيار بما لا يجوز لغير المالك اذا قصد المتصرف لتصرفه ، هذا امضاء العقد كما هو ليس ببعيد ، بان نقول بكفاية حصول الملكية فی زمان التصرف فی جوازه و لكنه لم نلتزم الفقهاء بذلك ، فالظاهر أن من حكم بجواز التصرف فيها بالامور المذكورة انما هو من جهة حصول الملكية بالعقد فی زمان الخيار كما هو واضح ، فاذا فتدل الرواية على مسلك المشهور .

الا أن يقال أن غاية ما يستفاد من هذه الروايات هو حصول الملكية للمشتری فی زمن خيار الحيوان ، لأن المفروض أنه اشترى جارية و تصرف فيها ما لا يجوز لغير المالك و أن جوازه يكشف عن حصول الملكية له بالعقد و لكن الشيخ لم يلتزم فی فرض وجود الخيار للمشتری بخلاف مقالة المشهور و اذن فالرواية غريبة عن ما نحن فيه كما هو واضح .

الثالث : ما تقدم فی أدلة بيع الخيار أی البيع المشروط برد الثمن المسمى فی العرف بالبيع شرط و البيع الخياری و بيع الخيار فان فی هذه الرواية ما يدل على أن نماء المبيع فی زمن الخيار للمشتری و تلفه أيضا عليه فيكشف من ذلك أن المبيع ملك للمشتری من زمان العقد ، و الا لم يكن وجه

لكون الملك للبايع و النماء للمشترى فان النماء تابع للملكية ٠

و قد اورد عليه المصنف (ره) بوجهين :ـ

الأول : أنه يمكن أن يكون هذه الروايات غريبة عما نحن فيه أعنى البيع بشرط الخيار ليكون ما ذكر فيها من كون النماء ملكا للمشترى شاهدا على حصول الملكية فى زمان الخيار ، بل انما هو من قبيل اشتراط الانفساخ فى البيع برد الثمن بأن ينفسخ بنفسه متى رد البايع الثمن من غير احتياج الى الفسخ فلا يكون هذه الروايات مربوطة بالمقام ٠

و فيه أنه بعيد عن مساق هذه الروايات غايته كما اشار اليه المصنف و خلاف الظاهر منها ، بل اشتراط انفساخ العقد بلا سبب أمر غيرمشروع فى الشريعة فانه لم يثبت جواز ذلك فى نفسه فلا يكون ما هو غير مشروع مشروعا بالاشتراط كما هو واضح ٠

الوجه الثانى : ما ذكره من أنه يمكن أن يكون هذه الروايات خارجة عن مورد كلامنا فان محل الكلام انما هو عدم حصول الملكية فى زمان الخيار و عليه فلو كان النماء فى هذه المدة لمن انتقل اليه العين كان للتمسك بهذه الروايات على اثبات حصول الملكية فى زمان الخيار وجه و لكن الأمر ليس كذلك فان النماءات انما حصلت فى زمان لزوم العقد فان الخيار انما يحصل للبايع بعد رد الثمن لا قبله فلا منشأ لهذه التوهم أصلا اذ ما يتوهم كونه كاشفا عن حصول الملكية به لم يكن حاصلا فى زمان الخيار ، بل فى زمان لزوم العقد كما هو واضح ٠

و فيه أولا ان اطلاق الرواية يشمل صورة كون الخيار بشرط رد الثمن من أول العقد أيضا و ثانيا أنه لم يعلم من مذهب الشيخ القائل بتوقف حصول الملكية على انقضاء زمان الخيار اخراج الخيارات المنفصلة عن مورد الكلام ، بل ما ذكره أعم من خيارى المنفصل و المتصل أيضا ، فهذه الروايات

أیضا لا بأس بدلالتها علی حصول الملکیة فی زمن الخیار.

الوجه الثالث: الأخبار الواردة فی خیار الحیوان الدالة علی ثبوت الخیار للمشتری فی ضمن ثلاثة أیام، کقوله علیه السلام صاحب الحیوان المشتری، بالفتح أو الکسر، بالخیار الی ثلاثة أیام، حیث ان الظاهر من اطلاق صاحب علی المشتری ظاهر فی أن الملکیة انما حصلت فی زمان الخیار و الاّ لم یصح اطلاق الصاحب علیه، و توهم أنه باعتبار أنه سیصیر صاحبا خلاف الظاهر من الروایة جدا فالروایة ظاهرة الدلالة علی المقصود.

اللهم الاّ أن یقال بان غایة ما یدّل هذه الروایات هو أن الملکیة حاصلة للمشتری فی زمان خیاره، و الشیخ لا ینکر ذلک، وانما لم یلتزم الشیخ بعدم حصول الملکیة فی زمان الخیار اذا کان الخیار للبایع فقط أو للبایع و المشتری معا، فانه یلتزم بعدم حصول الملکیة لذی الخیار و غیره اذا الملکیة اذا حصلت، حصلت للطرفین فلا معنی لحصولها لغیر ذی الخیار و عدم حصولها لذی الخیار فان البیع تبدیل مال بمال و اذن فالروایة اجنبیة عن المقام.

الوجه الرابع: الأخبار الواردة فی العینة و هی أن یشتری الانسان شیئا نسیة ثم یبیعه باقل منه فی ذلک المجلس نقدا، فان الظاهر من جملة منها ان البیع انما یکون فی مجلس الاشتراء و بضمیمة صحیحة یسار بن یسار یتم المطلوب و هو حصول الملکیة فی زمن الخیار، و هی أنه سئل عن الرجل یبیع و یشتریه عن صاحبه الذی یبیعه منه، قال: نعم لا بأس به، قلت: اشتری متاعی، فقال علیه السلام: لیس هو متاعك و لا بقرك ولاغنمك، فان ظاهر الذیل، بل صریحها و هو قوله علیه السلام لیس هو متاعك ولا غنمك أن المبیع قد انتقل الی المشتری و لم یبقی فی ملك البایع و قد عرفت عن جملة منها أن البیع الثانی قد وقع فی مجلس البیع الأول، و المفروض أن

هذا الزمان زمان خيار المجلس فتدل الرواية على ان الملكيةقد حصلت فى زمان خيار المجلس فاذا حصلت الملكية للمشترى حصلت ملكية الثمن للبايع أيضا ، لأن البيع مبادلة مال بمال ، بل يمكن التمسك لاثبات أن الملكية قد حصلت فى زمان الخيار باطلاق الصحيحة مع قطع النظر عن ضميمة الطائفة الاولى كما لا يخفى .

وقد اشكل المصنف على الرواية بعدم دلالتها على حصول الملكيةفى زمان الخيار ، اذ البيع عند القائل بالتوقف جائز ، ولكن يكون لازما بالتواطى كما صرح الشيخ فى المبسوط فتحصل الملكية قبل البيع الثانى وبهذا دفع الاشكال ، وقد تقدم نظيره سابقا من أن الملك اذا حصل بنفس البيع الثانى مع أنه موقوف على الملك للزم الدور وقد كان هذا الاشكال واردا على من صحّح البيع الذى يتحقق به الفسخ ، وعلى هذا حمل قول السائل اشترى غنمى على ركوز مذهب الشيخ فى أذهانهم فأجاب الامام عليه السلام بانه ليس غنمك لكون التواطى مسقطا للخيار .

وفيه أن مجرد التواطى على البيع مع عدم التصريح به لا يكون موجبا للزومه كما أن التبانى على الخيار لا يوجب أن يكون العقد خياريا والسر فى ذلك أن اسقاط الخيار أو الفسخ من الامور التى يحتاج الى الانشاء والاظهار على ما تقدم فى مبحث الخيارات فلا تحقق بمجرّد القصد والبناء ما لم يبرزه فى الخارج بمبرز ، وقول السائل اشترى غنمى ليس من جهة ركوز مذهب الشيخ فى اذهانهم اذ لا سبيل لنا الى هذه الدعوى ، بل سئواله هذا من جهة استغرابه من صحة شرائه باعه قبل هذا الزمان بقليل لأن الغرض أن البيع الثانى قد تحقق فى مجلس البيع الاول ومع تسليم أن مسلك الشيخ كان مركوزا فى اذهانهم من أين يعلم أنه كان صحيحا ومسلما حتى عند الامام عليه السلام بحيث كان جواب الامام عليه السلام مبنيّا

على كون التواطى على البيع السابق موجبا لسقوط الخيار و يصير البيع به لازما كما هو واضح وكيف كان فظهور هذه الأخبار فى اثبات مسلك الشيخ واضح جدا .

الوجه الخامس : صحيحة محمد بن مسلم عن رجل أتاه فقال ابتع لى متاعا لعلى اشتريه منك بنقد أو نسيئة فابتاعه الرجل من اجله قال ليس به بأس انما يشتريه منه بعد ما يملكه فان اطلاق قوله عليه السلام ليس به بأس انما يشتريه منه بعد ما يملكه شامل لحصول الملكية عن زمان العقد و من الواضح أن حصولها من زمان العقد يقتضى حصولها فى زمان خيار المجلس أيضا كما هو واضح ، و اذن فتدل الرواية على مسلك المشهور .

و لكن يرد على هذا الاستدلال ان هذه الرواية ناظرة الى أن هذه المعاملة ليست من قبيل بيع ما ليس عنده لاستيجاب العقد الاول كما ذكره المصنف فى المتن فقوله ما يملكه اشارة الى هذا الاستيجاب فليست الرواية ناظرة الى حصول الملكية من حين العقد وعدمه اذ ليس تلك الجهة موردا للسئوال اصلا ، و قد ورد فى جملة من الروايات لا توجب البيع قبل أن تستوجبه و فى بعضها أنه قال عليه السلام اليس ان شاء فعل و ان شاء ترك ، يعنى أن الأمر اذا كان كك بحيث أن من وعد لأحد أن يشترى شيئا و هو أيضا يشترى منه بنقد أو نسيئة اليس له أن يشترى بعد اشترا من كان بينهما تبان و تعاهد أو ترك ذلك و لم يشترى فان كان كك فلا بأس لأنه ليس ايجابا قبل الاستيجاب ، بل وعد محض و الاّ ان كان مجبورا فى قبوله لتحقق البيع فى عقيد تهم فهو باطل لكونه ايجابا قبل الاستيجاب على أن وقوع الثانى فى مجلس البيع الاول نادر جدا فان الغالب ، أن المشترى بعد استيجاب البيع الأوّل يتفرق من مجلس العقد ويذهب الى صاحبه لانشاء البيع الثانى ، بل على هذا سيرة التجار فانهم لا يبيعون

ما يشترون عند البايع، بل يخفون أمر المعاملة الثانية و على هذا فلا يبقى هنا خيار المجلس حتى يكون قوله عليه السلام ما يملكه دليلا على حصول الملكية فى زمان الخيار كما هو واضح ، ليكون التملك بنفس العقد فافهم .

و قد استدل على قول الشيخ بالروايات الدالة على أن تلف المبيع فى ضمن ثلاثة أيام فى خيار الحيوان أو شرط أيام معدودة من مال البايع كصحيحة ابن سنان عن الرجل يشترى العبد أو الدابة بشرط الى يوم أو يومين ، فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك ؟ فقال على البايع، حتى ينقض الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشترى شرط له البايع أو لم يشترط، قال و ان كان بينهما شرط أيام معدودة فهلك فى يد المشترى فهو من مال البايع حيث استدلوا بهذه الرواية على أن المبيع فى زمان الخيار فى ملك مالكه الاول فهو البايع، و لذا يكون تلفه على البايع و انما تحصل الملكية بعد مضى زمان الخيار و لذا قال عليه السلام حتى ينقضى ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشترى .

أقول : الظاهر أنه لا ينكر ظهور الرواية فى قول الشيخ و ان التزم هو (ره) فى الخيار المختص بالمشترى حصول الملكية بالعقد من حينه ، و لكن حيث عرفت ظهور الروايات المتقدمة ، بل صراحة بعضها فى حصول الملكية بالعقد فيمكن حمل هذه الصحيحة على أن لزوم الملكية و استقرارها انما هو من زمان انقضاء الخيار لا أصل تحققها ، و يكون المراد من قوله عليه السلام و يصير المبيع له أن يثبت و يجب كما ورد فى أخبار خيار المجلس البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، فاذا افترقا وجب البيع أى يكون لازما و ثابتا ، فان المراد من الكون و الثبوت و اللزوم و الصيرورة المبيع للمشترى هو التحقق و الاستقرار و الثبوت لا الحدوث بعد ما لم يكن .

و على الجملة فالرواية قابلة للحمل على هذا المعنى بعد كون ظهور

الروایات المتقدمة فی حصول الملکیة من حین العقد أقوی، ومع الاغماض عن ذلك فیقع التعارض و التکافؤ بین الروایات المتقدمة الظاهرة فی حصول الملکیة من زمان العقد و بین صحیحة ابن سنان الظاهر فی حصولها من حین انقضاء الخیار، فذکر المصنف أن فی فرض المعارضة بینهما یرجع الی اصالة عدم حصول الملکیة من حین العقد، و لکن التعارض منتف فی المقام بداهة أن الطائفة الاولی معروفة و مشهورة، فلابدّ من الأخذ بها ورفع الید عن الصحیحة لکونها غیر معروفة فتکون الشهرة المؤیدة بالاجماع موجبا لترجیح تلك الطائفة الاولی و رفع الید عن الصحیحة و ان کانت صحیحة .

أقول : کأن نظر المصنف من ترجیح الأولی من الروایات الی الشهرة الفتوائیة و الاّ فکلتا الطائفتین من حیث الناقل و الراوی فی مرتبة واحدة فان کلیتهما خبر واحد ، نعم المشهور من الفقهاء ذهبوا الی حصول الملکیة من زمان العقد ، فتکون الشهرة فتوائیة ، فبناء علی کون اعراض المشهور موجبا لوهن الخبر الصحیح تکون هذه الشهره موجبة لوهن الصحیحة و ترجیح لطائفة الاولی و لکن الأمر لیس کذلك ، اذا المراد من الشهرة الموجبة لترجیح فی مقام التکافؤ هو الشهرة فی الروایة بمعنی کون الروایة فی نفسها ظاهرة و بارزة کما ذکره المصنف فی الرسائل و استدل علی ذلك بالاطلاقات العرفیة و اللغویة فیقال سیف شاهر أی ظاهر، و مقابل هذه الشهرة هو النادر و الخفی أی تکون الروایة الاخری فی مقلبها نادرة و شاذة و هذا المعنی غیر مربوط بالشهرة الفتوائیة کما هو واضح .

و اذن فلابد من معاملة المعارضة بینهما بعد الاغماض عن الحمل المذکور فلا یکون هذه الشهرة رافعة للمعارضة بکونها موجبة لترجیح الطائفة الاولی و مع التکافؤ فلابدّ من الرجوع الی العمومات الدالة علی حصول الملکیة من الأول کما ذکرناه قبل ذکر أدلة الطرفین و علیه فلا وجه لرجوع الی أصالة

عدم حصول الملكية من زمان العقد كما ذكر المصنف (ره) ٠

وعلى الجملة مقتضى القاعدة هو الأخذ بقول المشهور كما هو واضح لا يخفى ،فافهم٠

لا يقال ان غرض المصنف من دعوى كون الطائفة الاولى متقدمة على التاثية لأجل الشهرة و ان غرضه هوالشهرة فى الفتوى و لكن مبنى المصنف أن الشهرة الفتوائية اذا قامت على خلاف الخبر الصحيح يكون موجبا لضعفه و وهنه و اذن فتكون الروايات الدالة على حصول الملكية من حين العقد متعينة و هذا لا ينافى لكون الشهرة الموجبة لترجيح احدى الروايتين المتكافئتين هى الشهرة فى الرواية دون الفتوى٠

فانه يقال نعم و لكنه على هذا لا تصل النوبة الى التكافؤ أصلا ، بل يكون ما هو موافق للشهرة حجة و ما هو مخالف لهاغيرحجةلاعراض المشهور عنها ،و قد فرض المصنف التكافؤ ثم رجح الطائفة الاولى بالشهرة فى الفتوى كما لا يخفى ٠

و التحقيق أن يقال انه بناء على الاغماض عن الحمل المذكور فلابدّ من ترجيح ما هو المدرك للمشهور بعد فرض التكافؤ فانها موافقة لعموم الكتاب و اطلاقه الدالة على حصول الملكية من الأول كما هو واضح ٠

ثم استدل على كل من قولى المشهور والشيخ بالنبوى المشهور الخراج بالضمان أما الاستدلال على قول المشهور فبتقريب أن المبيع فى زمان الخيار المشترك أو المختص بالبايع فى ضمان المشترى و خراجه له وبقاعدة التلازم بين ملك المنفعة و ملك العين يثبت حصول الملك بنفس العقد ٠

و بعبارة أخرى أن يكون الضمان للمشترى فى زمن الخيار يكشف كون المنفعة له كشفا لميّا و يكون المنفعة له يكشف كون العين داخلة فى ملكه بالعقد كشفا انيّا ٠

و فيه أولا أنه لم يعلم من القائلين بالتوقف كالشيخ ومن تبعه التزامهم بكون التلف فى زمان خيار المشترى له و ضمانه عليه، و الذى هو المبدء لهذا الاستدلال هو اثبات ضمانه فى زمن الخيار للمشترى و هو ممنوع.

و ثانيا على القول بالضمان أن الملازمة بين ضمان العين وملك المنافع انما يتم بناء على ما ذكره أبى حنيفة من القول بكون الخراج لمن عليه الضمان و ان كان ذلك الضمان بالغصب حيث ذكر فى الدابة المغصوبة أن الضمان للغاصب و المنافع أيضا له و لكنه على هذا المبنى أيضا لا يكون ملك المنافع كاشفا عن ملك العين أنّا قد ذكرنا فى المقبوض بالعقد الفاسد، فساد هذا المبنى، و قلنا ان المراد من النبوى الخراج بالضمان هو الضان المعاملى لا مطلق الضمان، يعنى أن من ضمن الشيء بالمعاملة بحيث لو تلف لكان التلف من كيسه، فالمنافع أيضا له، و من المعلوم أن الضمان المعاملى فى المقام معدوم بناء على مسلك الشيخ لعدم تحققها فى الحقيقة الملك الى انقضاء زمان الخيار، فكيف يحكم بالضمان غاية الأمر يكون المقام من قبيل الضمان فى المقبوض بالسوم كما هو واضح، فلا دلالة فى الحديث على مسلك المشهور.

و ثالثا: قد عرفت أنه ليس المعروف من مسلك الشيخ أن تكون الملكية متوقفة على انقضاء الخيار فى كون الخيار للمشترى أيضا، بل التزم فى هذا الفرض بعدم التوقف و اذن فلا يكشف من حصول الملكية من زمان العقد فى فرض كون الخيار للمشترى بالحديث حصولها بنفس العقد مطلقا كما هو واضح.

وعلى الجملة فلم يتم الاستدلال بالنبوى على قول المشهور.

و أما الاستدلال به على قول الشيخ فان مقتضى النبوى الخراج بالضمان هو أن المنافع بازاء الضمان و ينعكس بعكس النقيض الى أن من ليس

ضامنا ليس الخراج له ،و بضميمة قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له ينتج عدم حصول الملك فى زمان الخيار، فان كون التلف على البايع فى زمان خيار المشترى يقتضى أن يكون منافع المبيع للبايع لأن الخراج بالضمان و مقتضى كون المنافع له أن يكون المبيع أيضا فى ملكه ،و اذن فلم تحصل الملكية للمشترى فى زمان الخيار ،وهكذا العكس بأن كان الخيار للبايع دون المشترى كما هوواضح ٠

و لكن يرد عليه أنه مضافا الى اعتراف الشيخ بحصول الملكية للمشترى فى زمان خياره و مقتضى النبوى هو عدم الحصول أنك قد عرفت أن المراد من النبوى هو الضمان المعاملى دون مطلق الضمان بمعنى أن المستفاد منه أن الضمان العقدى فى مقابل الضمان الغصبى يقتضى كون المنافع للضامن و ح فالضمان فى المقام و اذا كان حاصلا لمن لا خيار له و ليس المقام مثل الاستدلال السابق حتى نمنع عدم الضمان و لكن هذا الضمان ليس بضمان معاملى اذ المنافع لذى الخيار و لا ضمان غصب، بل هو ثابت بالتعبد ، و عليه فكون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له يكون خارجا عن القاعدة بالنص ، فان مقتضى القاعدة كون تلف كل مال على مالكه ،فهذا الضمان لا ضمان غصب و لا ضمان معاملى ،بل ضمان تعبدى ،و كك كون التلف قبل القبض من مال البايع أيضا خارج عن القاعدة بالنص فان مقتضى القاعدة هو كون تلف كل مال على مالكه و انما التخلف هنا بواسطة النص فالضمان هنا تعبدى كما هو واضح ٠

و على الجملة كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار لهوكك كون التلف قبل القبض من مال البايع انما خرج عن القاعدة الكلية اعنى كون تلف كل مال على مالكه بواسطة النص فالضمان فيها لا معاملى و لا غصبى ،بل هو تعبدى ،فلا يكشف من هذا الضمان أن الملكية لم تحصل قبل القبض أو فى

زمان الخيار كما هو واضح ، بل الضمان حاصل و لكنه ضمان تعبدي بخلافه في الاستدلال بالنبوي على القول المشهور فان الضمان أيضا هناك لم يكن حاصلا .

وعلى الجملة فلا دلالة في النبوي على قول الشيخ أيضا و يضاف الى جميع ذلك أي الاجوبة المذكورة عن الاستدلالين أن النبوي ضعيف السند و غير منجبر بشيء و لم ينقل في كتب الخاصة الاّ مرسلا فلا يكون حجة لنا في شيء اصلا .

قوله مسئلة : و من احكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار في الجملة ، بمعنى انفساخ العقد بالتلف لا أن يكون على من لا خيار له اعطاء بدل المبيع كما هو واضح ، و يتضح هذه المسئلة في ضمن جهات : الاولى : في بيان أن هذا الحكم تختص بخياري الحيوان و الشرط أو يجري في غيرهما من الخيارات كما ذهب اليه صاحب الرياض وغيره مدعيّا له الاتفاق .

و بعبارة أخرى بعد ما قلنا بكون التلف بعد القبض في زمن الخيار من مال لا خيار له في خياري الشرط و الحيوان يقع الكلام في أن هذا الحكم من مختصات هذين الخيارين أم لا ؟ بل يجري في غيرهما من الخيارات أيضا فنقول : أما ثبوت ذلك الحكم في الخيارين المذكورين أعني خياري الشرط و الحيوان فممّا لا شبهة فيه لرواية ابن سنان و ان كان بينهما شرط ايّاما معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال بايعه حتى ينقضي شرطه ، و يصير المبيع للمشتري و قد تقدم أن المراد من صيرورة المبيع للمشتري كونه له مستقرا فانه كان قبل انقضاء زمان الخيار له متزلزلا لا أنه لم يحصل الملك له أصلا على ما ساكه الشيخ الطوسي و قد تقدم الكلام في ذلك مفصلا وكيف كان فلا شبهة في صراحة هذه الرواية في أن التلف في زمان خيار الحيوان و الشرط ممن لا خيار له و ان كان ذلك أي التلف بعد القبض .

و انما الكلام فی جریان هذا الحکم فی غیرهما من الخیارات ، و قد استدل علی کونه من احکام جمیع الخیارات بوجوه ، منها الاتفاق ،حیث انه قد ادعی صاحب الریاض وغیره کالمحقق آقاجمال فی حاشیة اللمعة الاتفاق علی جریان ذلك فی غیر خیاری الحیوان و الشرط من بقیة الخیارات.

و فیه أولا : أن وجود الاتفاق اعم من وجود الاجماع اذ یمکن أن یکون هنا اتفاق العلماء علی مسئلة و لا یکون هنا اجماع تعبدی لوجود مخالف لم یصل الی مدعی الاتفاق فلا یلازم دعوی الاتفاق دعوی الاجماع التعبدی کما هو واضح .

و ثانیا: علی تقدیر أن یکون الاتفاق اجماعا فیمکن أن یکون مستنده الوجهان الاتیان فلا یکون هنا اجماع تعبدی أصلا کما هو واضح .

و ثالثا : لیس هنا اتفاق کیف فانه خالف فی المسئلة جملة من الاکابر کالمحقق و أمثاله کما هو لا یخفی .

الوجه الثانی : أنه قد ثبت ضمان المبیع علی البایع و ضمان الثمن علی المشتری قبل القبض فنشك فی ثبوت ذلك علیهما بعد القبض وفی زمن الخیار أی ثبوت الضمان علی البایع فی زمان خیار المشتری و ثبوت الضمان علی المشتری فی زمان خیار البایع و عدمه نستصحب ذلك حتی یصیر العقد لازما .

و فیه أولا أن الاستصحاب لا یجری فی الشبهات الحکمیة علی ما ذکرناه فی محله للمعارضة الدائمیة .

و ثانیا : أنه تعلیق فلا نقول بحجیة الاستصحاب التعلیقی و فیه أن الاستصحاب التعلیقی فیما اذا کان الحکم التعلیقی ثابتا بعد الاستصحاب ففی المقام الحکم الثابت قبل القبض نستصحبه بعده .

و ثالثا : أن الموضوع غیر باق فی حاله بداهة أن الضمان انما ثبت

قبل القبض و كلامنا بعد القبض و قد تبدل موضوع القضية المتيقنة الى موضوع آخر فلا اتحاد بين موضوعى قضيتين المشكوكة و المتيقنة فلا يجرى الاستصحاب مع تبدل الموضوع.

و رابعا : أن المقام من صغريات المسئلة المتقدمة فى محلها من دوران الأمر بين العمل بالعام أو استصحاب حكم المخصّص و قد قلنا انه يتمسك بالعموم ، فان مقتضى العمومات هو حصول المبادلة بين المالين و صيرورة كل منهما ملكا للآخر بحيث يكون تلف كل من مالكه الفعلى و قد خرج من ذلك العموم زمان قبل القبض فيبقى الباقى تحت العام كما هومقتضى العمل بالعمومات بحسب الأزمان كما هو واضح، و قد تقدم ذلك مفصلا فى بعض المباحث السابقة .

و خامسا : أن الدليل أخصّ من المدعى ، فانه قد لا يكون ضمان على البايع من أول الأمر حتى قبل القبض لكى يستصحب ذلك الضمان بعد القبض فى زمن الخيار الى أن ينقض ذلك كما اذا كان المبيع عند المشترى قبل البيع و ح فلا ضمان للبايع حتى يستصحب ذلك الى زمان لزوم العقد كما هو واضح .

و على الجملة فلا يمكن اثبات كون التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له بمثل هذه الوجوه ، و اذن فلابدّ من ملاحظة دليل أصل الحكم أعنى الرواية الواردة فى المقام ليلاحظ أنه هل تشمل هذه الرواية لغير خيارى الشرط و الحيوان أم لا ، فان قلنا بأن المراد من قوله عليه السلام فى صحيحة ابن سنان حتى ينقضى شرطه أو الشرط باللام خاليا عن الضمير وكذا المراد من قوله عليه السلام فان كان بينهما شرط أياما معدودة ان كان المراد من كلمة الشرط فى هذه الرواية الطبيعة المطلقة الشاملة لكل شرط سواء كان فى الحيوان أو فى غيره ، و سواء كان مجعولا للمتعاقدين وثابتا باشتراطهما

أم لا كخيار المجلس وغيره وكذلك خيار الرؤية والعيب والغبن فلاشبهة في صدق الشرط على جميع ذلك وعليه فمقتضى الرواية أن يكون التلف في زمن أيّ خيار من مال من لا خيار له، وان كان غير خياري الحيوان والشرط وان قلنا ان المراد من الشرط المذكور في الرواية هو العهد بأن يراد منه خصوص الشرط في خيار الحيوان المجعول للشارع أو خصوص الشرط الثابت في خيار الشرط الثابت بجعل المتعاقدين فلا تشمل الرواية لغير خياري الحيوان والشرط ولكن الظاهر هو الثاني، فان الظاهر أن اللام في قوله عليه السلام حتى ينقض الشرط اشارة الى الشرط المعهود في خيار الحيوان وهذا ظاهر لو كانت النسخة حتى ينقض شرطه، فان الضمير يرجع الى الحيوان، ومن هنا يتضح الحال من قوله عليه السلام ان كان بينهما شرط أياما فانه وان لم يكن مصحوبا باللام ولا ملحوقا بالضمير الاّ أن المراد منه هو الشرط الذي الشرط باللام الداخل فيه أي الشرط المعهود كما تقدم فانهما قد ورد في رواية واحدة فيكون ما هو المراد من مصحوب اللام هو المراد من الخالي منه، وكيف كان فارادة الطبيعة منهما خلاف الظاهر من الرواية، فان محط الكلام في الرواية هو الشرط في بيع الحيوان والشرط الذي جعل بجعل المتعاقدين على أنه مع الغض عن ذلك أن قوله عليه السلام ان كان بينهما شرط أياما معدودة ظاهر في خياري الحيوان، والشرط بحيث يكون المراد من القيد اعني أياما معدودة هو القيد الاحترازي فلا نريد أن نتمسك بالمفهوم حتى يستشكل فيه بعدم حجية مفهوم الوصف بل نقول ان مقتضى الظاهر أن قيد الايام قيد احترازي بمعنى ان الموضوع من الأول مضيق بما اذا كان الشرط أياما معدودة بحيث يكون محدودا من الاخير فالحكم ثابت على هذا الموضوع المضيق ولا شبهة أن الشرط أياما معدودة ومحدودا من الآخر لا يكون الا في خيار الحيوان الذي الى ثلاثة

أيام و فى خيار الشرط فانه أيضا يكون أياما بحسب الجعل و محدودا من الآخر.

و أما فى غيرهما و ان كان يمكن أن يكون أياما و لكنه لا يكون محدودا من الاخر ليكون اياما معدودة فان الشرط فى غيرهما قد يكون قليلا و قد يكون كثيرا ، كما اذا كان المتبايعين محبوسين فى مكان ، فان خيار المجلس يبقى مدة و قد يكون قليلا كما اذا تفرقا بعد دقيقة و كذا خيار العيب و الروية و الغبن هذا اذا قلنا بأن الخيار فى موارد خيار الغبن و الرؤية و العيب. انما ثبت من الأول حيث أنه يمكن أن يكون قليلا و يمكن أن يكون كثيرا ، الاّ أنه غير محدود بحد و ليس ذلك مثل خيار الحيوان ليكون ثلاثة أيام دائما و محدودا و لا مثل خيار الشرط ليكون أياما عديدة أيضا و محدودا و من هنا يعلم أنه لا تشمل الرواية لغرض قبل خيار الشرط لا زما مدة العمر لعدم كونه محدودا و أما اذا قلنا بان الخيار فى امثال ذلك ، انما ثبت من زمان ظهور العيب فقط فشمول الرواية لها اشكل حتى مع القول بعدم اختصاص الحكم بخيارى الحيوان و الشرط بداهة أن الظاهر من قوله عليه السلام حتى ينقضى الشرط ، و يصير المبيع للمشترى ، أن الحكم مختص بمورد لم يتصف العقد باللزوم بعد بحيث يكون لا زما و يكون المبيع للمشترى ملكية مستقرة بعد زوال زمن الخيار و أما اذا كان العقد لا زما فى زمان و يكون الخيار طارء عليه بعد اللزوم بحيث يكون الخيار خيارا منفصلا ، فلا شبهة فى عدم شمول الرواية لهذه الصورة أصلا لعدم صدق قوله عليه السلام حتى يصير المبيع ملكا له كما هو واضح لا يخفى ، فافهم ، لا ن المبيع قد صار ملكا لا زما له قبل ذلك و ظاهر الرواية أنه لم يصير ذلك ملكا له كك ، بل انما يكون كك بانقضاء زمن الخيار لما عرفت أن المراد من صيرورة المبيع ملكا له ليس هو كونه ملكا له حقيقة من ذلك الزمان ، بل المراد أن يكون ملكا له

لازما و الاّ كان ملكا له متزلزلا بنفس العقد ٠

و الحاصل : أنك قد عرفت الكلام فى الجهة الاولى و ملخّصه أنه لا شبهة فى أن التلف فى زمان خيار الحيوان و الشرط من مال البايع للروايات الخاصة فتكون تلك الروايات موجبة لرفع اليد عن مقتضى القاعدة و هو كون تلف كل مال على مالكه ،و أما التعدى من خيار الحيوان و الشرط الى غيرهما فانما هو من وجوه ،و هى الاتفاق والاستصحاب والاستفادة من الرواية و شيء من ذلك لم يتم دلالتها على المقصود و لا يمكن رفع اليد بها عن مقتضى القاعدة و هو كون تلف مال كل مالك على مالكه هذا هى الجهة الاولى ٠

الجهة الثانية : أنك قد عرفت الكلام فى كون التلف فى زمان خيار المشترى من مال البايع و أن هذا الحكم مختص بخيارى الحيوان و الشرط و انما الكلام فى هذه الجهة فى أنه اذا كان الخيار للبايع و تلف المبيع فى زمان خياره، فهل يكون ذلك من المشترى أم لا ؟

أقول : تارة يقع الكلام بعد قبض المشترى المبيع و أخرى قبله أما الكلام فى الأول فلا شبهة فى كون التلف من المشترى لكونه موافقا للقاعدة ، اذ المفروض أنه مملوك له فيكون تلفه على مالكه و ليس ذلك مثل الجهة الاولى بأن يكون التلف على غير المالك حتى نحتاج الى الدليل الذى يكون مخرجا عن القاعدة كما هو واضح ،بل هو موافق للقاعدة كما لا يخفى ٠

و أما اذا كان التلف قبل القبض ففى المقام تظهر الثمرة فان قلنا بشمول قاعدة أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له شاملة لما قبل القبض أيضا فيكون التلف للمشترى مع أنه كان من البايع لكونه تلفا قبل القبض وان قلنا بعدم الشمول كان التلف من البايع الظاهر أنه لا يكون من المشترى و أن القاعدة لا تشمل لما قبل القبض و ذلك لأن الظاهر من الروايات الدالة على هذه القاعدة أى كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له أنها واردة

فى مقام توسعة ضمان البايع حيث ان ضمان المبيع على البايع قبل القبض فقد اثبتت هذه القاعدة كونه على البايع بعد القبض أيضا توسعة لذلك وح لا معنى للالتزام بكونها تخصيصا لقاعدة أن التلف قبل القبض من مال البايع بان لا يكون له فى زمان خياره للمشترى . بل كانت القاعدة حاكمة عليها و واردة فى مقام التوسعة القاعدة الاولى ، وعليه فلا مورد لهذه القاعدة اصلا . اعنى قاعدة كون التلف لمن لا خيار له فيما لم يقبض البايع المبيع مع كون الخيار له فلا يكون هذه الصورة مشمولة للروايات الدالة على كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له على ان المذكور فى الروايات هو البايع و لم يذكر المشترى فى شىء منها بان يكون التلف من المشترى فى فرض كون الخيار للبايع كما هو واضح .

الجهة الثالثة : فى أن هذا الحكم مختص بالمبيع أو يشمل الثمن أيضا بان تلف الثمن فى زمان خيار البايع وعليه فاذا تلف الثمن فى بيع الخيار كان على البايع دون المشترى ، و ذلك من جهة أنا نعلم أن الضمان الثابت هنا عبارة عن ضمان واحد ثابت من أول العقد الى انقضاء زمان الخيار و هو عدم كون عهدة المبيع على ذى الخيار و كون عهدته على غيره ، و من الواضح أن الثابت من حين العقد الى زمان القبض ليس الضمان الا انفساخ العقد بالتلف لا كون مثل المبيع أو قيمته على البايع فيكون معناه بعد القبض أيضا كك فقد حكم الامام عليه السلام فى هذه الروايات باستمرار ذلك الضمان الثابت قبل القبض الى بعد القبض أيضا ، وعليه فلا يكون هذه القاعدة مخصصة للضمان قبل القبض ، بل حاكمة لها بمعنى توسعة دائرتها فلو كان ضمان المبيع على المشترى اذا تلف قبل القبض مع كون الخيار للبايع فلازمه أن يلتزم بضمان المثل أو القيمة و من هنا ظهر عدم شمول القاعدة مورد خيار تأخير التسليم كما هو واضح ، فافهم .

و قد عرفت أن ما دل على تسرية الحكم الى غير خيار الحيوان والشرط انما هو بأحد وجوه ثلاثة الاتفاق والاستصحاب والاستفادة من الروايات و قد عرفت الجواب عن جميع ذلك، و هل يمكن التمسك بشيء من تلك الوجوه هنا لتسرية الحكم الى الثمن أم لا ؟ و الظاهر أنه لا يصح ، أما دعوى الاتفاق فهى مجازفة لعدم تصريح أحد بذلك ممن يعتد بقوله من الاكابر ، فكيف يمكن دعوى الاجماع هنا و على تقدير ثبوته ، فالجواب هو الجواب الذى تقدم فى الجهة الاولى .

و أما الاستصحاب فيقرب بأن الثمن قبل أن يقبضه المشترى من البايع كان ضمانه على المشترى دون البايع، فاذا اقبضه منه و كان الخيار للبايع فانا نشك فى بقاء الضمان عليه ، وعدمه فنستصحب ضمان المشترى قبل الاقباض .

و لكن يرد عليه جميع ما ذكرناه فى الجهة الاولى من عدم كون الاستصحاب حجة فى الشبهات الحكمية و من تبدل الموضوع بداهة أن الضمان كان على المشترى قبل القبض ، ففى المقام بعد القبض و من كون الدليل أخص من المدعى ، فانه قد لا يكون ضمان الثمن على المشترى من الاول فلا يكون هنا موضوع للاستصحاب و من أن مقتضى العمومات هو كون العقد ثابتا بعد التحقق فى جميع الازمنة الاّ فيما كان التلف فى زمن خيار المشترى فى خيارى الشرط و الحيوان ، فانه يكون العقد ح منفسخا ، ففى المقام لا دليل على الانفساخ لعدم الوجه لاستصحاب حكم المخصص .

و بعبارة أخرى ان المقام من قبيل دوران الأمر بين الحكم بحكم العام و بين العمل بحكم المخصّص و قد ذكرنا مرارا هنا وفى الاصول أنه يتمسك بالعام فى غير زمان التخصيص دون استصحاب حكم المخصص كما هو واضح فما ذكره المصنف (ره) من التمسك بالاستصحاب ضمان المشترى قبل القبض

لا وجه له ·

و قد بقی الكلام فی أن هذ االا ستصحاب الذ ی يتوهم جريانهفیالمقام و فی الجهة الأولی أيضااستصحاب تنجيزی أو استصحاب تعليقی ، فنقول ان كان معنی الضمان هنا عبارة عن كون مثل التالف أو قيمته ثابتا علی عهدة البايع الذ ی ليس له خيار ، فالا ستصحاب تنجيزی كما التزم به شيخنا الاستاذ مع كون مبناه أن الضمان بمعنی انفساخ العقد الذ ی مقتضاه أن يقول بكون الاستصحاب تعليقيّا الذ ی لا يقول بحجيته بداهة أن ضمان الثمن كان علی المشتری قبل الاقباض و عهدته عليه و ثبوت المثل أو القيمة علی تقد ير التلف من احكام ذ لك ،و من آثار ثبوت العهدة علی المشتری لا أن معنی الضمان عبارة عن التعهد بالمثل أو القيمة علی تقد ير التلف لكی يقال ان الا ستصحاب تعليقی بمعنی أنه لو تلف كان مثله أو قيمته علی المشتری فان هذا الحكم كان ثابتا قبل القبض فنستصحب بعد القبض أيضا، و علی هذا فالا ستصحاب تنجيزی و لكنه لا يجری فی المقام لأنه من القسم الثالث للاستصحاب الكلی لأن ثبوت العهدة علی المشتری قبل الاقباض موجود حيث لم يقبض الثمن ،و أما بعده فنشك فی حدوث سبب آخر للضمان وفرد آخر يوجب ثبوت العهدة علی المشتری مقارنا لذ هاب الفرد الأول من سبب الضمان و هو كون المال تحت يده قبل القبض فلا يجری الا ستصحاب فی ذ لك ·

و بعبارة اخری أن الضمان قبل القبض انما هو من جهة الشرط الضمنی فيرتفع موضوعه بالتسليم و ثبوته بعده انما هو سبب آخر مشكوك الحدوث فالمستصحب داخل فی القسم الثالث من استصحاب الكلی فلا يجری الا ستصحاب فی مثل ذ لك ،و أما اذا كان الضمان هنا بمعنی انفساخ العقد كما عليه المصنف و أن المبيع أو الثمن يد خل فی ملك الضامن آنا ما فيتلف

من ملكه فيكون الاستصحاب تعليقيا لأن الانفساخ انما يثبت و يتحقق بعد التلف فالانفساخ على تقدير التلف حكم تعليقي فاستصحابه بعد التلف يتوقف على جريان الاستصحاب التعليقي ، فلا نقول به كما لا يقول به شيخنا الاستاذ فيكون هذا اشكالا آخر للتمسك بالاستصحاب هنا و في الجهة الاولى كما لا يخفى سيأتي الكلام فيه انشاء الله تعالى ·

و أما استفادة حكم ذلك من الأخبار سواء قلنا بالتعدي عن خيار الحيوان و الشرط أم لم نقل بذلك ، فلا يمكن ذلك لأن المذكور في الروايات انما هو تلف المبيع دون الثمن فيكون فرض تلفه خارجا عن حدود الروايات كما هو واضح ، الآ أن تمسك بها من جهة تنقيح المناط بدعوى أن المناط في كون تلف المبيع على البايع في زمان الخيار انما هو تزلزل العقد وهذا المناط موجود في صورة كون التالف هو الثمن في زمان خيار البايع فيكون تلفه على المشتري و لكنه واضح البطلان لكونه مبنيا على جواز العمل بالقياس و الاستحسان و نحن لا نقول به فلا يمكن تعدية الحكم الى الثمن سواء قلنا بتعديته الى غير خيار الحيوان و الشرط أم لا ؟ و من هنا ظهر أنه لا وجه لتوهم كون التلف ممن عليه الخيار في بيع الخيار بان باع داره بثمن و جعل لنفسه الخيار الى سنة ثم تلف الثمن في ذلك زمان فانه لا يكون على البايع·

الجهة الرابعة : في أن المراد من الضمان الذي نبحث في ذلك أي شيء هل المراد منه ثبوت عهدة المبيع على البايع بالمثل و القيمة أو المراد من ذلك انفساخ العقد، و الذي يظهر من الشهيد و اختاره شيخنا الاستاذ هو الاول ، و لكن المشهور المعروف بل المتسالم عليه هو الثاني كما اختاره في المتن و الوجه في ذلك أمران :ـ

الأول : أن الظاهر من الضمان الذي ثبت في المقام هو ضمان واحد

ثابت من أول العقد وابتدائه الی انتهاء خیار الحیوان والشرط أو خیار آخر أیضا بناء علی التعدی من خیاری الحیوان و الشرط الی غیرهما …

و لا شبهة أن الضمان الثابت قبل القبض لیس الا هو انفساخ العقد علی تقدیر التلف و لم یتوهم أحد کون الضمان هنا هو التعهد بالمثل أو القیمة ، بل معناه هو انفساخ العقد و فرضه کأن لم یکن اذ الشارع قد حکم بکونه أی التلف قبل القبض من البایع و کأنه لم یتحقق العقد و لم یخرج البایع من ضمان العین بالاقباض و اذا کان قبل القبض بهذا المعنی ، فیکون کك بعد القبض أیضا فان الظاهر أن الضمان الوارد فی الروایات الدالة علی أن التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له بمعنی واحد و علی نهج فارد کما لا یخفی ·

و دعوی ثبوت القاعدة فی مورد خیار التأخیر بلا وجه ، و قد تقدم عدم ثبوت القاعدة قبل القبض لیکون مقتضا للضمان قبل القبض بأن یکون التلف من المشتری فی زمان خیار البایع·

الأمر الثانی :أن المذکور فی الروایات أن التلف فی زمن الخیار من مال البایع فی جواب السائل عن کون الضمان علی من ، و لا شبهة أنه انما یکون من مال البایع اذا کان الضمان هنا بمعنی انفساخ العقد فانه یکون المبیع للبایع آناما قبل التلف ثم یتلف و أما اذا کان الضمان بمعنی التعهد بالمثل أو القیمة فلا یکون التلف من مال البایع، بل یکون من مال شخص آخر اذ لا معنی لنسبة التلف الی مال البایع مع کون التالف مال شخص آخر فیعلم من ظاهر الروایة أن الضمان هنا بمعنی انفساخ العقد کما هو واضح·

الجهة الخامسة : من الکلام فی أن مورد هذه المسئلة هل هو العین الشخصیة بأن باع شیئا فتلف فی زمن الخیار سواء کان مختصا بالمبیع أو أعم منه ، و من الثمن و سواء کان مختصا بخیاری الحیوان و الشرط أو أعم منهما

أو يعم مورد البحث عين الكلية أيضا بأن باع كليّا و اقبض فردا منه ثم تلف ذلك الفرد في زمن الخيار ، الظاهر هو الأول لوجهين :ـ

الأول : أن ما وقع عليه العقد انما هو الكلي دون الفرد ،و الفرد انما دفعه البايع الى المشترى من جهة انطباق الكلي عليه لا أنه هو المبيع و لذا لو ظهر فيه عيب أو غش أو تخلف وصف يبدله بشخص آخر غيره ،لا أنه يكون مخيرا بين الفسخ و الامضاء مع الأرش أو مجانا كما كان الأمر كذلك لو ظهر المبيع الشخصي معيوبا ، و في المقام أيضا كك فانه اذا باع كليّا و سلّم فردا منه و تلف ذلك في زمان خيار الحيوان ، أو الشرط،فانه لا يكون ذلك من مال البايع لعدم كون المبيع تالفا ،فانه هو الكلي و الكلي لا يتلف و انما التالف هو ما انطبق عليه الكلي ،و من الواضح أن الظاهر من الرواية هو أن يكون التالف هو المبيع بنفسه كما هو واضح لمن راجع اليها ٠

الوجه الثاني : انك قد عرفت أن الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد و كون التالف على البايع كأن لم يكن هنا عقد أصلا ،بحيث يكون المبيع داخلا في ملك البايع آناما قبل التلف فيكون تلفه عليه ،و لا معنى لانفساخ العقد الواقع على الكلي ،باتلاف الفرد كما ذكره المصنف (ره) ٠

الجهة السادسة : أنه هل مورد البحث مختص بما اذا كان التالف مجموع المبيع أو يعم بما اذا كان التالف جزء منه أو وصفا من أوصافه الصحة ، بل وصفا غير دخيل في الصحة و أنه على تقدير عمومه لذلك فما هو معنى الضمان هنا ، فقد ذكر المصنف أن معنى الضمان في فرض كون التالف هو جزء المبيع انفساخ العقد في الجزء كبيع ما يملك و ما لا يملك في صفقة واحدة فانه يفسخ في أحدهما دون الآخر لانحلاله الى بيعين و سكت عن كون التالف وصفا من اوصاف المبيع سواء كان ذلك وصف الصحة أم لا ، و لكن الظاهر أن مورد البحث لا يعم بصورة كون التالف جزء من المبيع أو وصفا

من اوصافه ·

و الذی ينبغی أن يقال هو أن مورد البحث مختص بتلف المبيع باجمعه . فلا يعم بما اذا كان التالف جزء منه أو وصفا من أوصافه و ذلك لأن الظاهر من قول السائل اذا حدث فيه حدث على من يكون ضمانه ومن قوله عليه السلام على البايع، وان كان يشمل تلف الجزء و الوصف كليهما و هذا لا شبهة فيه ،و لكن لا بدّ و أن يلاحظ أن المراد من الضمان هو التعهد بالعين و كون عهدتها على الضمان ،و هذا معنى واحد يشمل لصورة تلف العين قبل القبض و بعده فی زمان الخيار فيكون العقد منفسخا و يكون المراد من كون عهدة العين التالفة على البايع كون التلف فی ملكه كأنه لم يقع عليه العقد و فی صورة كون التالف هو الوصف كون العهدة على البايع عبارة عن فرض هذا التلف قبل البيع، فلو كان البيع واقعا على مبيع بعنوان كونه واجدا لوصف الصحة أو الكمال الموجب لزيادة المالية أو لوصف لا يكون دخيلا فی زيادة المالية ثم علم بذلك فان المشتری يكون له الخيار أی خيار تخلف الوصف و فی فرض ظهور المبيع معيوبا يكون مخيرا بين الفسخ و الامضاء مجانا أو مع الأرش ،و قد تقدم تفصيل ذلك و كون الأرش واقعا فی الطول أو العرض ·

و اذ عرفت ذلك ففی المقام أيضا كذلك حيث ان المبيع اذا حدث فيه حدث فی زمان الخيار ،فمعنی كون التلف على البايع فرض ذلك الحدث فی المبيع قبل وقوع العقد عليه . فكما كان المشتری فی فرض ظهور المبيع معيوبا أو فاقدا للوصف مخيرا فی فسخ العقد و امضائه ،و فی صورة كونه معيوبا كان له اخذ الأرش أيضا ،و كذلك له ذلك اذا كان حدوث الحدث فيه فی زمان الخيار كما تقدم و من هنا اتضح أنه لا ينفسخ العقد فی صورة تلف جزء المبيع كما ذهب اليه شيخنا الاستاذ بل يثبت للمشتری خيار الفسخ بداهة

أن الظاهر من الروايات الدالة على كون التالف من مال البايع أن يكون مجموع المبيع تالفا لا بعضه و من جميع ما ذكرناه ظهر أنه لا يكون الضمان الوارد في الروايات في هذه المسئلة مستعملا في أكثر من معنى واحد لما عرفت أنه بمعنى كون التالف على عهدة البايع و هذا المعنى تختلف بحسب اختلاف المصاديق و لا شبهة أن اختلاف المصاديق بحسب الموارد اجنبي عن استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد كما لا يخفى ،و أيضا ظهر من ذلك أن ما ذكرناه سابقا من كون الاستصحاب تنجيزيا متوقف على كون الضمان بمعنى العهدة و في المقام بمعنى الانفساخ فيكون الاستصحاب تعليقيا ليس كذلك ،بل الضمان بمعنى انفساخ العقد فيكون الاستصحاب تنجيزيا كما هو واضح ٠

و أما ما دل على كون ضمانه على البايع في زمان خيار المشترى اذا حدث فيه حدث فقد عرفت معناه و أن المراد من ذلك فرض الحدث حادثا قبل البيع كما لا يخفى ٠

و على الجملة فلا يستفاد من الروايات انفساخ العقد بالنسبة الى الجزء الفائت في زمان الخيار.

لا يقال ان البيع و ان كان بحسب الحدوث واحدا و لكنه منحل الى الاجزاء كما في بيع ما يملك مع ما لا يملك ،و عليه فلا بأس من الالتزام بانفساخ العقد في الجزء الفائت كما ذهب اليه المصنف و اختراه شيخنا الاستاذ أيضا ٠

فانه يقال ان الانحلال و ان كان صحيحا بحسب نفسه و لكن لا يمكن الالتزام به في جميع الموارد ،بل يختلف بحسب اختلاف الأحكام كما تقدم في خيار المجلس فانه اذا باع أحد شيئين بصفقة واحدة و ان كان البيع منحلا الى شيئين و لكن ليس له أن يفسخ العقد في أحدهما بخيار المجلس

دون الآخر فان الانحلال لا یجری بالنسبة الی مثل هذا الاحكام الثابتة لمجموع المبیع بما هو مجموع و مقامنا أیضا من هذا القبیل حیث ان الظاهر من الدلیل أن التلف انما یكون موجبا لانفساخ العقد اذا كان واقعا علی مجموع المبیع لا علی بعضها و ان كان البیع الواقع علی كل جزء بحسب الانحلال و لكن بیعا مستقلا والانحلال لا یجری بالنسبة الی هذا الحكم لكونه علی خلاف الظاهر من الروایة كما هو واضح ، فافهم .

الجهة السابعة : انه لا شبهة فی أنه اذا كان التلف بآفة سماویة أو نحوها بان افترسه حیوان أو مات لمرض و نحوه كالسقوط من شاهق أن التلف یكون ح من مال البایع، فیما اذا كان التلف فی زمان خیار المشتری ، هذا هو مورد الروایات لقوله علیه السلام أو هلك ، فان الظاهر من ذلك هو هلاكة بمعنی اتلاف متلف ، و هل یعم الحكم بصورة الاتلاف بان یستند التلف الی فعل أحد الصادر عنه بالارادة و الاختیار فیكون ح أیضا من مال لا خیار له .

أو لا یعم الحكم بذلك ، بل یكون التلف من المتلف فنقول ان الصور المعقولة المتصورة فی المقام لا یخلو عن ثلاثة :—

الاولی : أن یكون المتلف هو الذی كان علیه الخیار كالبایع مثلا .

الثانیة : أن یكون هو المشتری الذی له الخیار .

الثالثة : أن یكون المتلف هو الشخص الاجنبی .

أما الصورة الاولی : فلا شبهة أن التلف یكون علیه لأنه هو السبب التام فی ذلك فمقتضی قاعدة الضمان بالاتلاف یكون التلف محسوبا علیه من غیر احتیاج الی قاعدة كون التلف فی زمن الخیار علی من لا خیار له .

و أما الصورة الثانیة : فكك أیضا فان الضمان انما علی المشتری فلا یكون ذلك موجبا لانفساخ العقد ، و الاّ لا یتمكن أحد من شراء حیوان و ذبحه و أكله و ضیافته فی زمان الخیار ، فانه بالذبح المجرد ینفسخ العقد ویفرض

كالعدم و يكون المذبوح راجعا الى ملك البايع كما هو واضح ، و هذا على خلاف الضرورة من الشرع و العقلاء ، بل اتلاف ذى الخيار المبيع مع العلم بالحكم يكون اسقاطا للخيار و التزاما للعقد ، و الحاصل أن اقدامه باتلاف المبيع بارادته و اختياره موجب لثبوت الضمان له و اسقاط الخياره و اقرار للعقد فلا يكون مثل هذا الاتلاف وسيله لكون التلف ممن لاخيار له كما هو واضح ٠

و من هنا ظهر الحال في الصورة الثالثة أيضا حيث ان ضمان ذلك المال على المتلف لا على من عليه الخيار كما لا يخفى ٠

ثم ان هنا مسألة أخرى يوهم كلام المصنف الخلط بينها و بين المسألة المتقدمة من تجزية الاتلاف عن التلف فيتخيل أن المسألة الثانية من تتمة المسئلة الاولى و من ذيلها و لكن الأمر ليس كك ، بل غرض المصنف مع غلق عبارته واضطرابه أنه استند التلف الى الاتلاف فماذا يصنع فى المقام فهل يبقى الخيار فى حاله أو لا ، ومع فسخ ذى الخيار فى هذه الحالة الى من يرجع و ذكر أنه ان كان المتلف هو ذى الخيار فلا شبهة فى سقوط خياره فان العقد لازما بهذا التصرف كما عرفت فلا خيار له ، و ح و ان كان المتلف هو من عليه الخيار كان خيار المشترى باقيا فى حاله فان اراد أن يفسخ العقد و يرجع الى الثمن الذى هو عين ماله السابق على العقد و ان اراد ان يمضى العقد فيرجع الى من عليه الخيار فهو البايع فى المقام ويأخذ منه بدل المبيع و هذا ايضا لا كلام فيه و انما الكلام فيما اذا كان المتلف هو الأجنبى فانه ح لا شبهة فى بقاء خيار المشترى على حاله فان امضى العقد أو خرج زمان الخيار و لم يمض العقد فيرجع هو الى الاجنبى و يأخذ منه بدل ماله و هذا أيضا لا شبهة فيه و ان فسخ العقد فمقتضى قانون الفسخ أن يرجع كل من العوضين الى مالكه الاصلى و ح فلا شبهة فى رجوع

الثمن الی ملك المشتری فیرجع المشتری الی البایع ویأخذ الثمن منه کما لا شبهة فی رجوع بدل المبیع الی البایع و لکن الکلام فی أن البایع هل یرجع الی المشتری أولا ۰

و الحاصل : أن المتلف لا یخلو اما أن یکون هو البایع الذی علیه الخیار أو المشتری الذی له الخیار أو الاجنبی أما الاول فلا شبهة فی کون ضمان التالف علیه لقاعدة الضمان بالاتلاف .و ح لا تصل النوبة الی قاعدة أن التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار بحیث یحکم بانفساخ العقد فان القاعدة فی مورد لا یکون هنا ما یدل علی ضمان شخص معین بالخصوص سواء کان هو من له الخیار أو من علیه الخیار ، بل المشتری الذی له الخیار مخیر بین امضاء العقد و الرجوع الی البایع بالمثل أو القیمة أو الفسخ و الرجوع الی الثمن ۰

و ان کان المتلف هو المشتری فلا شبهة أن ضمانه علیه ،بل یسقط خیاره أیضا فضلا عن أن یکون التلف من مال من لا خیار له ،فان هذا النحو من التصرف کاشف عن رضاه بالعقد فیکون لازما و هذا مما لا ریب فیه ۰

و أما اذا کان المتلف هو الاجنبی فایضا یکون الضمان هو الاجنبی لقاعدة الضمان بالاتلاف فلا یتوهم فی شیء فی صور الاتلاف کون التلف ممّن لا خیار له ۰

نعم ، لو کان هنا أیضا دلیل علی کون التلف من مال من لا خیار له لأخذنا به و لکنه منتف فلابدّ من الرجوع الی دلیل آخر و هو قاعدة الضمان بالاتلاف ۰

ثم انه لا شبهة فی بقاء خیار المشتری اذا کان المتلف هو الاجنبی کما أنه کان باقیا فی فرض کون المتلف هو البایع و ح ان کان راضیا بالعقد و ممضیا له فلا شبهة فی لزوم العقد و سقوط خیاره فیتعین علیه الرجوع الی

الأجنبي و ان فسخ العقد فانه يرجع الى البايع الذى من عليه الخيار فيأخذ الثمن منه ، و اما البايع فهل يرجع هو الى المشترى أو الى الاجنبي أو يتخيّر في الرجوع الى أي منهما شاء ، وجوه و قبل التعرض لبيان مدرك الوجوه و ترجيح المختار منها على غيره لا بدّ و ان يعلم أن مورد البحث في كلام المصنف هو تلف المبيع و أن الفاسخ هو المشترى كما هو مسوق الكلام من الأول فما ذكره شيخنا الاستاذ من جعل مورد البحث هو تلف الثمن و أن الفاسخ هو البايع استنادا الى أمور و قرائن استفادها من العبارة لا وجه له ٠

نعم ، الظاهر ان كلمة الفاسخ في الموارد الثلاثة و كلمة المفسوخ عليه في آخر العبارة اما من سهو القلم أو من اشتباه النساخ فانه لا بدّ و ان يكون المذكور مكان الفاسخ كلمة المفسوخ عليه و في مكان كلمة المفسوخ عليه كلمة الفاسخ كما هو واضح ٠

أما الوجه في رجوع البايع الى المتلف فقد ذكر المصنف فيه وجهين :

الاول : أن بدل العين التالفة انما هو في ذمة المتلف ٠

والثاني : أن العين التالفة بعد الفسخ ملك للمالك السابق و هي في عهدة المتلف فتكون كما لو كانت موجودة عنده ، فلا بدّ من الرجوع عليه واجاب المصنف عن ذلك أن البدلية انما هي بالنسبة الى التلف من حيث وجوب دفعه الى المالك و أن ذمة المتلف غير فارغة عن ذلك لا أنه يترتب على هذا البدل جميع الآثار المترتبة على العين بحيث كما أن العين لو كانت موجودة في يد الاجنبي كان البايع المفسوخ عليه يرجع اليه و كذلك البدل و ليس كك ، بل البدل مثل العين في اشتغال ذمة المتلف بذلك فقط لا في جهة أخرى و ح فيرجع البايع الى المشترى ، فالمشترى يرجع الى الاجنبي ، و أيضا أن مقتضى الفسخ و ان كان عود العين التالفة الى المالك

السابق لکن تلك العین التالفة مضمونة ضمانا معاوضیا علی المشتری الذی یفسخ العقد بحیث لابدّ له أن یعطی البدل للبایع الذی هو المالك السابق للمبیع و علیه فلابدّ و أن یخرج المشتری عن عهدة ذلك و یعطی بدله للبایع و اذن فیرجع البایع الیه و أما الاجنبی فهو ضامن ضمانا غرامیّا بالنسبة الی المالك حین الفسخ ، و هو من له الخیار و علیه فالوجه هو الرجوع الی المشتری .

و قد اختاره السید فی حاشیته و أیده بأن الأمر کذلك فی الاقالة أیضا ، فان فیها أیضا یرجع البایع الی الآخر و ان کان المتلف هو الاجنبی .

و علی الجملة حکم الفسخ والانفساخ مطالبة العوض من الطرف کما هو قانون الفسخ فانه یقتضی أن یخرج کل من المتبایعین عن عهدة العوض و یرجع ذلك الی ما انتقل عنه ذلك العوض الیه کما هو واضح .

و أما وجه التخیر فقد ذکر المصنف أن ید الفاسخ ید ضمان بالعوض قبل الفسخ و بالقیمة بعده و اتلاف الاجنبی أیضا سبب للضمان فیتخیر فی الرجوع ثم ذکر أن هذا اضعف الوجوه .

أقول : الظاهر أن القول بالتخیر أصح الوجوه . و ذلك من جهة أن جواز الرجوع الی الفاسخ لأجل ضمان المعاوضة فان مقتضی الضمان المعاوضی أن یرجع البایع الیه بالثمن فاذا فسخ المشتری العقد فیرجع البایع الیه بالمبیع کما هو مقتضی قانون الفسخ فحیث کانت العین تالفة فیرجع الی بدلها کما هو واضح .

و أما جواز رجوعه الی المتلف فمن جهة أن المتلف قد اشتغلت ذمته ببدل العین التالفة بمقتضی قاعدة الضمان بالاتلاف و کان اللازم علیه أن یعطی ذلك الی المشتری حدوثا الی زمان فسخ المشتری العقد ، و اذا فسخ المشتری العقد کانت ذمته مشغولة ببدل العین التالفة بقاءً بالنسبة

الى البايع كما اذا كان مال أحد تحت يد أجنبى اما بعنوان الغصب أو بعنوان الامانة فمات المالك فانه لا بد أن يعطى ذلك الى وارثه و هكذا لو كانت ذمته مشغولة لاحد لاجل اتلاف ماله ثم مات المالك فانه يجب عليه أن يعطى بدله لوارثه و المقام أيضا كك كما هو واضح.

و اذن فخيار للمفسوخ عليه أن يتخيّر بين الرجوع الى الفاسخ أو المتلف

ثم انه لا يفرق فى الحكم بالتخيير بين القول بأن ضمان المتلف بقيمة يوم التلف أو اعلى القيم، أو قيمة يوم المطالبة، فانه اذا قلنا بقيمة يوم التلف مع كونه زائدا عن قيمة يوم الفسخ، و المطالبة، يعتبر من حين الفسخ اشتغال ذمة المتلف بذلك القيمة و لا يلزم من ذلك أن نقول يتعين الرجوع الى الفاسخ و الاّ لزم أن يكون الزائد عن قيمة يوم الفسخ للفاسخ كما هو واضح.

نعم، فرق بين الرجوع الى المتلف و الفاسخ فانه ان رجع الى الفاسخ فيرجع الفاسخ الى المتلف و ان رجع الى المتلف فلا يرجع المتلف الى أحد لاستقرار الضمان عليه كما هو واضح، و من هنا ظهر أنه لا وجه لقياس المقام ببيع ذى الخيار المبيع من شخص آخر فى زمان الخيار فانه بعد الفسخ لا يرجع البايع الى المشترى الثانى لعدم اشتغال ذمته فعلا ببدل العين التالفة حتى ينتقل ذلك الى البايع بقاء، نعم يصح قياسه بباب تعاقب الايدى فى الغصب مع تلف العين المغصوبة كما هو واضح.

قوله: مسئلة و من احكام الخيار ما ذكره فى التذكرة فقال لا يجب على البايع تسليم المبيع و لا على المشترى تسليم الثمن فى زمان الخيار.

أقول: أن هنا فرعان:—

الاول: أنه لا يجب على البايع تسليم المبيع فى زمان اذ لم يسلم المشترى الثمن و ذلك من جهة الشرط الضمنى فان العقلاء بانون على اشتراط

تسليم المبيع بتسليم الثمن فبانتفاء الثانى لا يجب الأول و هذا واضح ·

الفرع الثانى : انه اذا سلم البايع المبيع لا يجب على المشترى تسليم الثمن فى زمان خياره بتوهم أنه من احكام الخيار و قد استشكل عليه بانه بأى دليل لا يجب ذلك فمجرّد كون المشترى له الخيار لا يثبت جواز تأخير التسليم . بل لا بدّ و ان يكون له دليل و لذا ذكر المصنف أيضا أنه لا نعرف وجها لهذا الحكم ·

نعم ، لو قلنا بمقالة الشيخ الطوسى (ره) على ما نسب اليه من القول بتوقف حصول الملك على انقضاء زمان الخيار ، و أنه لم تحصل الملكية قبل ذلك لتوجّه ما ذكره العلامة من عدم وجوب التسليم على المشترى فى زمان خياره ، و ان سلم البايع ايضا المبيع اليه اذ ليس الثمن ملكا للبايع حتى يجب تسليمه اليه كما أن المبيع ليس ملكا للمشترى وان سلمه البايع اليه ، و لكن قد تقدم الاشكال فى ذلك و عدم الدليل عليه وقلنا ان مقتضى العمومات حصول الملكية لكل من البايع والمشترى من أول العقد غاية الامر تكون الملكية فى زمان الخيار متزلزلة و انما تستقر بانقضاء زمان الخيار كما لا يخفى ·

ثم ان شيخنا الاستاذ قد تعجب من قول المصنف حيث ذكر أنا لا نعرف وجها للقول بعدم وجوب تسليم الثمن على المشترى مع تسليم البايع المبيع اياه ، ثم ذكر الوجه فى ذلك و حاصله أن أدلة الوفاء بالعقد قد خصصّت بمدلولاتها المطابقية و هى لزوم العقد بالأدلة الدالة على ثبوت الخيار للمتبايعين أو لأحدهما و كان العقد فى زمان الخيار جائز و متزلزلا ، بحيث كان العقد بجميع مدلولاته المطابقية و الالتزامية تحت يد ذى الخيار لا يجب عليه التسليم كما لا يجب عليه الوفاء بأصل العقد فلا يكون هذا مخالفا لقاعدة السلطنة لأن من لا خيار له لو انتقل اليه المال على نحو كان لمالكه الأصلى التسلّط على عدم التسليم لم يثبت له السلطنة المطلقة ·

و بالجملة ان قاعدة السلطنة قابلة للتضيق و كيف أن الوجه في عدم وجوب تسليم الثمن على المشترى فى زمان خياره قدرته على فسخ العقد فحيث كان قادرا على ذلك فقادر على لوازمه و من جملة لوازمه عدم وجوب تسليم الثمن كما هو واضح ٠

و لكن هذا الكلام ، الكلام عجيب منه من جهة أن دليل التخصيص انما ورد على العمومات من حيث دلالتها على لزوم العقد مطلقا و جعله جائزا فى زمان الخيار و أما الملكية الحاصلة من أول العقد فهى باقية على حالها وغير مخصصّة بأدلة الخيار ، و ح فلا يجوز لذى الخيار المنع من تسليم العوض فانه تصرف فى مال الغير بدون اذنه فهو حرام ٠

و دعوى تضييق دائرة دليل السلطنة بأدلة الخيار أو انصراف الادلة الدالة على حرمة التصرف فى مال الغير بدون اذنه عن موارد البيوع الخيارية كما عن بعض دعوى جزافية بداهة أنه لا دليل على التضييق و لا موجب للانصراف ، بل لا بدّ من الأخذ بمفادها و الحكم بوجوب تسليم مال الغير اليه الآ اذا رضى بالبقاء عنده ٠ نعم يمكن توجيه عدم وجوب التسليم كما ذكره العلامة من جهة انه لا يتعين التسليم لعدم لزوم العقد ، بل ان يفسخ العقد فمراد من التزم بعدم التسليم ان ذى الخيار له فسخ العقد لكى يكلف بالتسليم فيكون البيع لم يقع كما هو واضح ولكن هذا توجيه بعيد كما ذكره فى المتن ومع ذلك ذكرانا لا نعرف وجها لذلك أى لعدم وجوب التسليم لذى الخيار ٠

قوله : مسئلة : قال فى عد لا يبطل الخيار بتلف العين ٠

أقول : لا شبهة أن موضوع هذا البحث انما هو صورة عدم انفساخ العقد وعليه فلا تزاحمها قاعدة التلف قبل القبض و قاعدة التلف فى زمان خيار الحيوان أو خيار الشرط ، فانك قد عرفت أن مقتضى القاعدة فى هذه الموارد هو انفساخ العقد كما هو واضح ، و ايضا أن مورد البحث ما اذا لم يكن اعمال الخيار فيه متوقفا على بقاء العين كما فى مورد خيار العيب بداهة

أنه يتوقف على بقاء العين بحالها فلو تغيّرت عما وقع العقد عليه و لم تكن العين قائمة بعينها سقط الخيار و يكون النزاع فى سقوطه بالتلف أو بقائه لغوا كما هو واضح ، بل يتعين عليه أخذ الارش و السرفى ذلك أن المستفاد من روايات خيار العيب هو كون الخيار متوقفا على رد المعيوب و أيضا أن مورد البحث ما اذا لم يكن الخيار بحسب جعل المتعاقدين مختصّا بصورة بقاء العين بأن يكون المجعول هو الحصة الخاصة من الفسخ فيكون المقتضى من الأول مضيقا كما اذا جعل لنفسه الخيار فى بيع مقيدا برد مثل الثمن كأن باع داره بثمن معين و اشتراط جواز رده برد مثل الثمن الى مدة خاصة و تلف الدار فى ضمن هذه المدة فانه يسقط الخيار بالتلف فلا يبقى خيار هنا فان المجعول انما كان هو الخيار الخاص و الفسخ الخاص اعنى الفسخ مع بقاء العين كما هو واضح .

و كذا الحال اذا كان الخيار متعلقا برد العينين كما فى المعاملات فانه بناء على كونها جائزة فانما يكون جواز الرد متعلقا بالعين وهذا انما يتحقق مادام العين باقية فى حالها و اذا تلفت سقط موضوع جواز الرد أصلا كما هو واضح ، بل يحكم بلزوم العقد .

اذا عرفت ذلك فنقول انه وقع الكلام فى سقوط الخيار و عدمه فى جملة من موارد الخيارات كخيار الغبن فان المحقق الثانى تردد فى سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه ومنها المرابحة فيما اذا ظهر كذب البايع فى رأس المال بأن أخبر بأنه اشتراه عشرة دراهم و يأخذ منه الربح درهمين فيكون الثمن اثنا عشر درهم ، فظهر أنه اشتراه بثمانية دراهم فانه قد تخلف الشرط فى المقام فقد وقع الخلاف فى سقوط الخيار هنا بتلف العين وعدمه .

و قد تردد العلامة فى ذلك ، بل عن المبسوط الجزم بالعدم وعلّل ذلك بأن الرد انما يتحقق مع بقاء العين ، و لكن قوى فى المسالك وجامع المقاصد ثبوته ، و منها خيار الرؤية فان المحقق الثانى الحقه بخيار الغبن فى سقوطه بتلف العين و كذلك تلف الثمن فى خيارى الحيوان و الشرط

المجعول على نحو الاطلاق لا في تلف المبيع، فانك قد عرفت خروجه عن مورد البحث، و تعين انفساخ العقد هناك.

و الظاهر أن القائلين بسقوط الخيار في الموارد المذكورة و غيرها انما توهموا أن الخيار انما تعلق برد العين و من الواضح أن هذا انما يكن فيما اذا كانت العين باقية و أما اذا تلفت فلا يمكن الرد فيسقط الخيار كما هو واضح.

و لكن التحقيق في المقام أن يقال: ان الخيار تارة يثبت بالادلة الخاصة و الروايات الدالة على ذلك و أخرى بالشرط الضمني.

أما الاول: كخيار المجلس مثلا، فالظاهر بقاء الخيار بعد تلف العين أيضا لاطلاق الأدلة وعدم تقيدها بصورة تلف العين كما هو واضح، فان مقتضى قولهم عليهم السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا هو كون الخيار دائرا مدار الاجتماع فمادام المتبايعان في المجلس كان الخيار باقيا، و اذا تفرقا يسقط الخيار و لا شبهة أن التفرق قد يكون بعد تلف العين و أخرى قبله، فاطلاق الرواية محكّم و من هنا ظهر أنه لا وجه لتوهم أنه لا نجد في ادلة الخيارات كما في كلام المصنف تكون مطلقة في اثبات الخيار بالنسبة الى ما بعد تلف العين و كذلك اطلاق قوله عليه السلام: و هم بالخيار اذا دخلوا السوق، فانه مطلق بالنسبة الى ما بعد التلف وماقبله.

و أما اذا كان دليل الخيار هو الشرط الضمني فقد مرّ مرارا أن معنى جعل الشرط في العقد مرجعه الى جعل الخيار و من الواضح في كون الانسان مخيرا في فسخ العقد و امضائه، لا يفرق فيه بين تلف العين و بقائه كما هو واضح، كما أن الاقالة ليست بمقيدة ببقاء العين فكذلك الفسخ اذ لا فرق بينهما الاّ من أن الاقالة فسخ من الطرفين و الفسخ بالخيار، فسخ من طرف واحد، اذن فمقتضى القاعدة هو الحكم بثبوت الخيار بتلف العين كما هو واضح، و من هنا ظهر أنه لا وجه للتمسك بالاستصحاب كما

فى المتن لعدم وصول النوبة اليه، حتى يستشكل فيه بما ذكرناه سابقا من عدم كون الاستصحاب جاريا فى الشبهات الحكمية وغير ذلك من المناقشات.

قوله : مسئلة : لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونة بلا خلاف.

أقول : اذا فسخ ذوالخيار العقد فلا شبهة فى كون العين مضمونة لصاحبها على الفاسخ اذا فرّط فى اعلان صاحبها وجعله متمكنا فى أخذ ماله عرفا فان يده ح يد ضمان من حيث البقاء وان لم يكن كذلك من حيث الحدوث وبناء العقلاء أيضا على ذلك و أما اذا جعل صاحبه متمكنا من الأداء باعلانه اياه و نحو ذلك لا يكون ذلك ضامنا عليه فان يده أمانة شرعية كما هو واضح.

و أما المفسوخ عليه فهل يكون ضامنا لمال الفاسخ أو لا ، فقد ذكر شيخنا الاستاذ أنه يكون ضمانه عليه لدليل اليد و ذلك فان المستفاد من الدليل أن كون مال لغير تحت استيلاء شخص يقتضى أن يكون ضمانه عليه الاّ أن يتحقق رافعه و لم يؤخذ مال الغير عنوانا للمأخوذ حتى يقال انه حين الأخذ لم يكن مال غيره فلا يشمله قوله على اليد ما أخذت ، بل اعتبر بالقرينة العقلية موضوع الحكم بوجب الأداء و لا شبهة أنه حين الحكم بوجوب الاداء هذا العنوان موجود لأنه فى هذا الحين مال الغير وان لم يكن حين الاخذ كك.

و بالجملة المال المقبوض اذا طرأ عليه عنوان مال الغير يترتب عليه الضمان كما أنه لو خرج عن هذا العنوان يرتفع عنه الضمان.

و لكن يرد عليه :ـ

أولا : أن على اليد ما أخذت حتى تؤدى رواية نبوية مروية من طرق العامة فلا يمكن المساعدة على صحتها كما تقدم سابقا.

و ثانيا : أن شيخنا الاستاذ و قد اعتبر فى مفهوم الأخذ عنوان القادرية والاستيلاء كما هو كذلك فى قوله تعالى لا تأخذه سنة و لا نوم ، و من الواضح أنه ليس هنا كذلك ، بل المدرك لهذه القاعدة انما هو السيرة القطعية العقلائية و لا شبهة أنها منتفية فى المقام ، بل هى على عكس ذلك فان السيرة قائمة على أنه لا ضمان فى مثل هذه الموارد .

الكلام فى النقد والنسية

قوله : القول فى النقد و النسية .

أقول : أن البيع بحسب تقسمه الى النقد والنسية له أربعة أقسام لأنه اما يكون كل من العوضين نقدا فهو بيع النقد ، و اما يكونا كلاهما نسية ، و هو الكالى بكالى ، و اما يكون احدهما نقدا و الآخر نسية ، فان النقد هو الثمن و النسية هو المثمن ، و هو بيع السلم ، و اما بالعكس فهو بيع النسية المعروف ، ثم ان القسم الثانى اعنى بيع الكالى بكالى ثم ان المراد من بيع الكالى بكالى أن يكون كلّ من العوضين كليّا فى الذمة و دينا للآخر بأن باع أحد منا من الحنطة كليّا بدرهم كلى مع كون كل منهما مؤجلا و أما اذا كانا لشخصيين فقد أجل فى التسليم من الطرفين فلا يكون من بيع الكالى بكالى فتقسيم البيع الى النقد و النسية أمر آخر لا يكون مربوطا بتقسيمه الى الحاضر و غيره و الوجه فى اختصاص الكالى بكالى بالكلى هو رواية النهى عن بيع الدين بالدين و الاجماع فان الدين لا يكون الاّ كليّا و المتيقن من الاجماع هو ذلك ، فافهم ، نعم المعنى اللغوى للكالى بكالى موجودة هنا فان العوضين من الطرفين فلو اشترط فيهما الاجل فان التأخير هنا بحسب الشرط فما ذكره شيخنا الانصارى من المراد بالموجل خصوص الكلى اشارة

الى ذلك٠

ثم ان المراد من كون المثمن أو الثمن نسية أى شىء و قد يكون المراد من ذلك كون التمليك فى أمثال ذلك تعليقيا من ناحية المؤجل بان يملك البايع مثلا فعلا و لكن الملكية تحصل بعد زمان بحيث يكون الانشاء فعليا ، و المنشأ استقباليا نظير الوصية و لكنه باطل و صحته فى باب الوصية لدليل خاص و بيان ذلك أن العلماء ذكروا فى بيان بطلان التعليق فى العقود مثلا تارة ينشى تمليك ماله للمشترى على تقدير أن يكون هذا اليوم يوم جمعة مع ترد ده فى كونه يوم جمعة فانه يملك على هذا التقدير٠

و أخرى ينشىء ملكية ماله لشخص فى مقابل العوض الخاص بعد عشرة أيام بحيث يكون البيع حاصلا بعد عشرة أيام ، كما اذا آجر داره بعد شهر و فى المقام من الآن يبيع المبيع الفلانى بعد سنة بحيث تكون الملكية من الطرفين حاصلة بعد سنة و ليس الموجود من الآن الاّ انشاء البيع فقط ، ليس الاّ و قد اتفقت كلمات الأصحاب على بطلان كلا هذين القسيمن ولكن بطلان البيع هنا على تقدير كون انشاء التمليك على التقدير المذكور بحيث يكون الانشاء فعليّا و المنشاء استقباليّا لا يتوقف على بطلان التعليق ، بل لو لم يقم الاجماع على بطلان التعليق فأيضا لا بدّ من الالتزام ببطلان ذلك من جهة أنا ذكرنا فى محله أن البيع مبادلة مال بمال بحيث يدخل الثمن فعلا فى ملك من خرج المعوض من ملكه ، و من الواضح أنه على التقدير المذكور قد صار الثمن ملكا للبايع فعلا ، من غير أن يكون المبدل أى المبيع داخلا فى ملكه و لا شبهة أن هذا خارج عن مفهوم المبادلة المفروض حصولها بالفعل فلا يكون مشمولا لمفهوم المبادلة كما هو واضح وأيضا يحكم ببطلانه من جهة عدم صدق البيع عليه سواء قلنا ببطلان التعليق أم لا ٠

و قد يقال أن معنى البيع النسية عبارة عن كون الانشاء فعليّا والمملوك

متأخرا كالواجب المعلق و كبعض اقسام الاجارة كما اذا آجر الدار المعهودة فعلا بعد عشرة أيام ، ففي المقام أن البايع يملك المشترى ماله بعنوان أن يكون الانشاء حاليّا و كك المنشأ و لكن المملوك يكون متأخراكما في الاجارة ، حيث أن الموجر الآن يوجر الدار المعينة بعد شهر فانه بذلك يملك منفعتها من الآن ملكية فعلية و لكن المملوك متأخر و كك في المقام ، و هذا و ان كان معقولا في الاجارة و لكنه غير معقول في البيع بداهة أن الاجارة تمليك المنفعة و هي من الاعراض والاعراض تقدر بالزمان و لكن البيع ليس كذلك ، فانه تمليك الاعيان فهي لا تقدر بالزمان ، فان حنطةاليوم مثلا هي عين هذه الحنطة بعد عشرة أيام و هكذا و عليه فلا معنى أن يملك البايع للمشترى حنطة الشهر الآتي ، بحيث تكون هذه الحصة من الحنطة مبيعا كما هو واضح ٠

وعلى الجملة لا يعقل بيع الاعيان فعلا ، و تمليكها بالملكية الفعلية بعد مدة نظير تمليك الدار المعينة فعلا ، لشخص بعد مدة بحيث يكون مملوك المشترى متأخرا و ذلك لما عرفت فافهم ، بل المناط في النسيةهوكون كل من العوضين للآخر بالفعل و تكون ذمته مشغولة بذلك بحيث يجب لكل منهما الخروج عن العهدة فعلا ، و لكن يشترط أحدهما على الآخر تأخير الثمن الى وقت كما في النسية أو تأخير المثمن كما في السلّم فيكون التأجيل من ناحية الشرط لا من ناحية كيفية الانشاء كالتعليق و نحوه ليلزم المحاذير المتقدمة و هذا الذى ذكرناه لا يحتاج الى التفتيش الذى ذكرناه ، بل هو أمر عرفي و ثابت بحسب ارتكاز العقلاء أيضا كما هو واضح ، و عليه فلا يجب دفع الثمن المشترط تأخيره الى مدة حتى مع مطالبة الطرف اذ ليس له حق المطالبة قبل الوقت المعيّن ٠

قوله : مسئلة : اطلاق العقد يقتضي النقد ٠

أقول : قد ظهر مما ذكرناه أن اطلاق العقد يقتضى التعجيل وذلك من جهة أنه اذا كان مقتضى البيع هو مبادلة مال بمال بالفعل فمقتضى ذلك أن كل من العوضين ملك لكل من المتبايعين بالفعل و هذا يقتضى أن يعطى كل منهما العوض للأخر بغير تأخير عند المطالبة فان جواز تأخير أداء مال الغير مع المطالبة يحتاج الى دليل ، بل يجب ذلك بدون المطالبة أيضا ، فان كل من كانت ذمته مشغولة بمال الغير وجب عليه افراغ ذمته و أداء مال الغير اليه سواء طالب أم لم يطالب ، فان عدم المطالبة لا يكشف عن رضاه بذلك ، فانه ربما يكون من جهة الغفلة ٠

نعم ، اذا انكشف بالقرائن الخارجية جواز تأخير الاداء ورضى المالك بالبقاء عنده ، لا يجب الأداء فورا و من هنا اتضح أنه لا يتوقف وجوب ايصال مال الغير اليه ، على المطالبة ، بل مقتضى اشتغال ذمة المديون أو من وضع يده على مال الغير ، أن يوصله اليه ، و ان لم يطالب ذلك لأنه لا يحل مال أمرمسلم الا بطيب نفسه ، فانه شامل باطلاقه لذلك أيضا راجع فى ذلك الى حاشية السيد الا مع العلم برضاه للبقاء عنده ما لم يطالب كما هو واضح ٠

وعلى هذا فلو اشترط أحد المتبايعين على الآخر التعجيل فى التسليم وعدم التأخير كان هذا تأكيدا للاطلاق لا تأسيسا اذ ما يستفاد من الشرط انما يستفاد من الاطلاق كما عرفت فلا يكون للاشتراط فائدة كما ذكره الشهيد فى الدروس من أن فائدة الشرط ثبوت الخيار اذا عين زمان النقد فاخل المشترى ، بل نفس هذه الفائدة مترتبة على الاطلاق أيضا كما ذكره الشهيد الثانى مع الاطلاق أيضا يعين عدم تعيين الزمان اذا اخل به فى أول وقته ٠

نعم ، للاشتراط فائدة اذا كان الاطلاق يقتضى وجوب التسليم و لكن بحسب العرف بأن يقضى العرف بلزوم التسليم فى ستة أيام مثلا وهو يشترط

على صاحبه التسليم فورا فان هذا المقدار من الفورية لا تستفاد من الاطلاق و أيضا تترتب القاعدة على الاشتراط اذا كانت القرينة العرفية قائمة على رضاء كل من المتبايعين ببقاء كل من العوضين عند الآخر فان بالاشتراط ترتفع هذه القرينة و تكون فائدة الاشتراط هو لزوم التسليم فورا ولا يجوز التأخير اتمادا الى رضاء الطرف بمقتضى الاشتراط كما هو واضح ٠

ثم ان لصاحب الجواهر هنا كلاما و هو أن الخيار هنا انما هو مع عدم التمكن من الاجبار وانه واقع فى طوله و الاّ فلا يثبت الخيار و قد أشكل عليه المصنف بأن ذلك غير مربوط بالمقام ، فان الكلام هنا فى ثبوت خيار تخلف الشرط و عدمه فى نفسه و الشرائط الآخر غير مربوطة بذلك فانه يبحث فى بقية الشرائط فى موارد ها فمن جملتها اشتراط ثبوت الخيار مع التمكن من الاجبار أو بوجوبه معه و شيء منهما لا يرتبط بالمقام كما هو واضح هذا أولا ٠

و ثانيا : أنه لا معنى لاعتبار عدم التمكن من الاجبار أو وجوبه مع التمكن منه فى ثبوت الخيار بداهة أن الخيار هنا من ناحية تأخير التسليم فى المدة المعيّنة المضبوطة بحسب الاشتراط فى ضمن العقد بحيث يكون الخيار هنا من ناحية التأخير فى الزمان الخاص و ح فما لم يصل ذلك الزمان فلا معنى للاجبار اذ لا حق له فى ذلك قبل وصول الوقت فضلا عن وجوب الاجبار و بعد وصوله فاذا كان وقت الاداء باقيا أيضا لا وجه لجواز الاجبار أو وجوبه لوسعة الوقت و اذا خرج الوقت فقد فات الوقت و ثبت الخيار فأيضا لا يبقى مجال للاجبار كما هو واضح ٠

و على الجملة بعد السبر و التقسيم و التفتيش لا نرى وجها لكون الخيار مشروطا بعدم التمكن من الاجبار أو وجوبه بعد التمكن منه ، نعم اذا اشترط فعل فى ضمن العقد كالخياطة و نحوها فامكن اعتبار هذا الشرط فيه لعدم كون الخيار من حيث الزمان ٠

أما ما ذكره المصنف من الوجه الأول فهو متين، فانه لا معنى لذكر جميع شرائط خيار تخلف الشرط فى المقام، بل لها مورد آخر قد تقدم الكلام فى ذلك فاعتبار عدم التمكن من الاجبار أو وجوبه مع التمكن منه فى ثبوت خيار التأخير الذى من مصاديق خيار تخلف الشرط لا وجه له يعنى لا مورد له هنا، بل مورده محل آخر.

و أما ما ذكره صاحب الجواهر فهو أيضا حسن، فانه نبّه على أن هذا الشرط موجود فى موارد خيار تخلف الشرط و هذا المورد منها فيعتبر فيه ذلك أيضا و هو تنبيه حسن، و لكن الكلام فى اصل اعتبار هذا الشرط وأن الخيار واقع فى طوله.

و قد تقدم فى مورده أنه لا دليل على هذا الشرط بداهة أن خيار تخلف الشرط ثابت على فرض التخلف بالشرط الضمنى المعتبر فى العقد عند التحقق و لا شبهة أنه لم يقيد هذا الشرط من حيث كونه تخلفه موجبا للخيار لم يقيد بالتمكن من الاجبار و وجوبه معه، بل بمجرّد أن المشروط عليه تخلف عن العمل بالشرط ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط كما هو واضح.

وأما ما ذكره ثانيا فلا يمكن المساعدة عليه، فانه لو صح لجرى فى جميع الشروط أيضا حتى الخياطة و الكتابة و نحوهما فانه يقال انه لا معنى لاشتراط هذا الشرط أصلا فانه قبل زمان الشرط لا معنى للاجبار و فى زمانه فالوقت موسع و بعد خروج الوقت لا يبقى مجال لذلك، أى للاجبار، بل يجرى ذلك فى الواجبات التكليفية أيضا بعين ما ذكر.

و قد ذكر نظير ذلك الايروانى فى المحرمات و قد تقدم فى البحث عن حرمة الاعانة على الاثم من انه لا يتوجه النهى الى المكلف قبل الاقدام بالحرام و بعده، قد فات محله فانه بالنسبة الى جرئة لم يشربها من الخمر

لم يتوجه اليه التكليف و بالنسبة الى جرئة شربها قد مضى وقت النهى فايضا يكون توجهه اليه غير مقدور كما لا يخفى فافهم ٠

و كيف كان فلا مجال لما ذكره المصنف من الاشكال الثانى ، بل المراد من اعتبار عدم التمكن من الاجبار فى ثبوت الخيار ، و أنه مع التمكن منه لا يثبت الخيار أنه اذا وصل وقت الشرط و علم من المشروط عليه علائم عدم الوفاء بالشرط مع مضى مدة من الوقت اذا كان الوقت موسعا و فى أول الوقت اذا كان مضيقا فانه ح يجبر على الوفاء به ، و هذا هو مرادهم من التمكن من الاجبار ، و لكن الكلام فى أصل وجود الدليل على اشتراط هذا الشرط و قد عرفت المناقشة فى ذلك و قد تقدم تفصيل ذلك فى محله ٠

قوله : مسئلة : يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة ٠

أقول : الكلام فى ضرب المدة فى البيع المؤجل و كيفية ذلك لا شبهة فى انه لا بدّ من ضرب الأجل المعين فى البيع المؤجل و لو لم يعين الاجل كان ذلك موجبا لبطلانه للغرر المنفى بالنص و الاجماع بداهة أن الغرر بمعنى الخطر و من الواضح أن عدم تعيين المدة فى البيع المؤجل موجب للخطر فى المال ضرورة أن مالية المبيع تختلف باختلاف زيادة المدة و نقصانها ، حيث ان قيمة المبيع تزيد بزيادة تأخير ثمنه و يقل نقصانه فلو باعه نسية بقيمة رخيصة بزعم أنه يسلّم المشترى الثمن بعد عشرة أيام و لم يسلّم الى سنة فان ذلك من أوضح أفراد الغرر المنفى بالنص و الاجماع على تقدير تاميتهما ٠

و عليه فلابدّ من ضرب المدة المعينة فى البيع المؤجل و قد استدل المصنف على اعتبار تعيين الاجل هنا بما ورد فى السلم من لزوم تعيين المدة فان كان نظره من ذلك الى وجود الملازمة بينهما و تنقيح المناط القطعى بدعوى أنه نقطع بعدم الفرق بينهما ، فان الاجل فيهما على حد

سواء و لا نحتمل الخصوصية فى السلم فهو ،و الاّ فلا وجه لذلك الاستدلال فان كل من السلم و البيع المؤجل أمر مستقل فى نفسه ، فلا يرتبط أحدهما بالآخر كما هو واضح ·

ثم ان هذه المدة المعينة لابدّ و أن لا يكون على مقدار كثير أوجب خروج الثمن عن المالية وعدم اعتبار العقلاء المالية لذلك كاشتراط تأجيل الثمن عشرة آلاف مليون سنة فان العقلاء فى مثل ذلك لا يعتبرون المالية للثمن ، فمثل هذه التأجيلات خارج عن مورد البحث كما هو واضح ·

وتوهم صحة ذلك بدعوى أن الأجل و ان كان طويلا ولكن بالموت يكون الثمن حالا توهم فاسد ، فان حلول الثمن بالموت من أحكام البيع المؤجل فهو مترتب بالبيع الصحيح فلا يمكن الحكم بصحة البيع بهذا اللحاظ و قد فرضنا أن البيع مع قطع النظر عن لحاظ الحكم الشرعى فاسد لعدم اعتبار المالية على الثمن ·

ثم انه لا فرق فى الأجل المعين بين القصير و الطويل ما لم ينجرء الى خروج الثمن عن المالية فى نظر العقلاء كالفرض المتقدم ،و لكن عن الاسكافى أنه لابدّ و أن لا يكون المدة الى ثلاث سنين ،و قد يستشهد له بالنهى عنه فى بعض الأخبار حيث جوّز فيها الامام عليه السلام للسائل التأجيل فى المعاملة مع أهل الجبل الى سنة و سنتين و لم يجوّز ذلك الى ثلاث سنين ،و لكن الظاهر أن النهى فى الروايتين ليس تحريميا بحيث لا يجوز التأخير الى ثلاث سنين أو أكثر ، بل ارشاد الى أن التأجيل مع أهل الجبل بمقدار ثلاث سنين ينجرّ الى تلف المال وانكارهم الثمن ومسامحتهم فى الاداء بحيث يوجب ذلك ذهاب رأس المال أيضا فكأن السائل مشاور الامام عليه السلام فى ذلك فهو لم ير مصلحة فى معاملتهم التأجيل بهذا المقدار ، كما لا يخفى ·

ثم انه اذا ضرب الأجل بمقدار لا يبقى المتبايعان الى هذه المدة فى ذلك الأجل عادة كألف سنة أو مائتين سنة مثلا فهل يصح ذلك أو لا، فذكر المصنف أن فى الصحة نظر من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به و من الأجل المضبوط و حلوله بموت المشترى، ثم اختار الثانى و قربه بأن ما فى الذمة و لو كان مؤجل الا أنه مال يصح الانتفاع به فى حياته بالمعاوضة عليه بغير البيع، بل و بالبيع أيضا كما فى التذكرة ثم اشكل عليه بوجهين :ـ

الأول : أن هذا الاشتراط لغو محض بداهة أنه يكون حالا بالموت فأى فائدة لذلك ·

و الثاني : أن الاشتراط المذكور و هكذا الشرط كلاهما مخالف للمشروع و للسنة بداهة أنه قد ثبت فى السنة أن الأجل يحلّ بموت المشترى و مرجع الشرط الى أنه لا يحلّ هو باق بعد الموت أيضا فان المفروض أن الأجل أكثر من مدة عمر المشترى فيكون الاشتراط و الشرط مخالفين للسنة فيكون الشرط فاسدا بل ربما كان مفسدا بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد ·

و الجواب عن ذلك، أن كون الشرط مخالفا للمشروع أو غير مخالف له انما يلاحظ بالنسبة الى العقد الصحيح لا بلحاظ حكم العقد و بعد الفراغ عن العقد، و فرض تحققه فى الواقع صحيحا يترتب عليه الحكم كما هو واضح ·

و على هذا فلا يكون اشتراط التأجيل بالمدة المزبورة مخالفا للمشروع اذا لم تكن المدة بحيث توجب عدم اعتبار العقلاء المالية للثمن وأما مجرّد كون التأجيل بمقدار يعلم عادة عدم بقاء المتبايعين الى هذه المدة لا يوجب بطلان المعاملة و كون الشرط مخالفا للمشروع، بل يعتبرون العقلاء المالية للثمن، و يترتب عليه آثار المال و يعاملون عليه المعاملات والاّ فلازم ذلك أن يكون جل المعاملات المشروط فيها التأجيل باطلا ولو كانت المدة

قليلة اذا مات المشروط عليه قبل وصول الأجل و صار الثمن حالا فانه يكشف بذلك أن الشرط المذكور كان مخالفا للشرع كما هو واضح.

و من هنا ظهر أن هذا الاشتراط ليس بلغو أيضا ، فان اللغوية انما تكون اذا كان لحاظ الشرط باعتبار الحكم ، و قد عرفت أنه يلاحظ مع قطع النظر عن الحكم و فی العقد الصحيح و بعد تحقق العقد صحيحا يترتب عليه الحكم كما هو واضح ، و ذكرنا ان هذا الاشتراط فی نفسه ليس بلغوا أصلا ما لم يكن منجرا الی عدم اعتبار العقلاء المالية للثمن و الّا فمجرّد بعد الأجل و كونه زائدا عن وقت العمر لا يجعل الشرط لغوا .

و دعوی كون هذا الشرط مجهولا من حيث عدم العلم بوقت الموت ليكون حالا و موجبا لبطلان العقد من جهة الغرر كما توهم دعوی فاسدة .

بداهة أن الشرط أمر مضبوط و أنه فی نفسه صحيح يعتبر العقلاء معه المالية للثمن ، فلا وجه للحاظه الی وقت الموت ، ليكون مجهولا و موجبا لغررية المعاملة كما هو واضح ، الاّ اذا كانت المدة المشروطة من أصلها مجهولة فهو أمر آخر قد تقدم الكلام فی ذلك ، و كونه موجبا للغرر وبطلان المعاملة آنفا .

ثم ان المناط فی تعيين المدة هل هو تعيينها فی نفسها بحيث يكون معينا فی الواقع وعند أهل العرف سواء علم بذلك المتعاقدان أم لا يعلما بذلك ، أو لا بدّ من علم المتعاقدين بذلك ، أو لا بدّ مع اشتراط علم المتعاقدين من اشتراط علم عادلين بالأجل من غيرهما و لكن الظاهر هو اشتراط علم المتعاقدين فی صحة العقد المؤجل اذ لا يرتفع الغرر بدونه فلو باع شيئا بمتن مؤجل الی النيروز وهو عيد الفرس أو المهرجان وهو عيد آخر لهم ، و لكن لا يعلم كل من المتعاقدين أن النيروز بعد شهر أو بعد ستة أشهر ، و كذلك المهرجان فان ذلك يوجب الغرر البيّن بداهة أن بعد

الأجل و قربه دخل فی زیادة مالیة المبیع و نقصانه ، فیکون ذلك خطرا فی مالیة المبیع، بلا شبهة کما هو واضح فیکون البیع باطلا و ان کان ذلك معلوما فی الواقع و عند الاشخاص الآخرین ، فان ذلك لا یرفع الغرر ، و قد یتوهم قیاس المقام بأوزان البلد حیث انهم ذکروا کفایة الشراء و البیع بأوزان البلد المضبوط فی نفسها و ان لم یعرف المتعاقدین مقدار الوزن تفصیلا ، و لکنه واضح البطلان بداهة أن الحکم غیر مسلّم فی المقیس علیه أیضا و تسلیمه فیه احیانا من جهة ارتفاع الغرر المشاهدة و نحوه و الاّ المقیس و المقیس علیه داخلان تحت أصل واحد و أن جهل المتعاقدین یوجب الغرر الموجب لبطلان البیع علی أنه لو کان معلومیة العوضین أو الأجل فی الواقع کافیا فی صحة البیع و ارتفاع الغرر لزم الحکم بصحة کل ما هو مجهول عند المتعاقدین و معلوم عند الله من العوضین أو الأجل فی البیع أو الشروط الأخر غیر شرط التأجیل مع أنه واضح البطلان علی أنه یلزم أن یکون النهی الوارد عن بیع الغرر بلا مورد ، فانه ما من بیع مجهول بالأجل الاّ فهو معلوم کما عرفت، و من هنا ظهر بطلان توهم کفایة العلم فی صحة البیع المؤجل من غیر المتعاقدین ، و أما الاحتمال الثالث فهو محکی عن الشافعی و لعله من جهة قطع الترافع اذا وقع النزاع بین المتبایعین و لکنه أیضا واضح الفساد بداهة ان قطع الترافع لا ینحصر بذلك ، بل یمکن بالحلف أیضا کما هو واضح .

قوله : مسئلة : لو باع بثمن حالا و بازید منه مؤجلا .

أقول : اذا باع أحد متاعه بثمنین علی تقدیرین بأن یکون ثمن عشرة علی تقدیر کونه حالا و عشرون علی تقدیر کونه مؤجلا ، فهل یصح ذلك أم لا تحقیق الکلام هنا یقع فی مقامین :ــ

الاول : من حیث القواعد .

و الثانی : من حیث الروایات .

أما المقام الأول : فلابدّ من بيان المراد من هذا البيع و تصويره و أنه كيف يكون بيع واحد بثمنين فنقول أن هذا البيع يحتمل وجوها :ــ

الأول : أن يكون المراد من ذلك أن البايع قد باع ماله على تقدير أن يكون البيع مؤجلا . يكون ثمنه عشرون و على تقدير أن يكون حالا يكون ثمنه عشرة ،و يقبل المشترى على هذا النحو و يقول قبلت كذلك، من غير أن يكون الثمن أحد هما المعين أو أحد هما المخيّر مع كون البيع منشأ جزما و هذا لا شبهة فى بطلانه .

و وجه البطلان أن البيع مبادلة مال بمال بحيث اذا خرج المثمن من ملك البايع فيدخل المبيع فى ملك المشترى ،و يدخل الثمن فى ملك البايع مكان المثمن ،و لا يمكن ذلك الاّ بتملك كل من المتبايعين من الآخر بالبيع بدل ما يملكه للآخر و لا شبهة أن البايع لم يتملك فى هذه الصورة أى مع كون الثمن مرددا بين أمرين مشيئا أصلا ، اذ لا واقعية للأمر المردد حتى فى علم اللّه و حيث لا واقعية للأمر المردد الذى جعل ثمنا فى البيع فبأى شىء يملك البايع حتى يكون ذلك مكان ماله و هو المبيع،و اذن فمفهوم البيع أصلا غير صادق على هذه الصورة .

و على الجملة هذه الصورة خارجة عن البيع بثمنين اذ لا معنى لاختلاف العلماء فى ذلك أصلا بعد كونها باطلة قطعا .

الثانى أن يراد من البيع بثمنين التعليق بأن يقول بعتك هذا المتاع ان كان الثمن نسية بعشرون و ان كان نقدا بعشرة ،و يقبله المشترى كذلك بحيث أن البايع ينشى بأنشاء واحد بيعين و يكون الانشاء واحدا والمنشأ و هو البيع اثنين ،و المشترى أيضا يقبله كذلك والفارق بين هذه الصورة و الصورة الاولى أن البيع فى الصورة الاولى قد أنشأ جزما و لكن الترديد فى الثمن بخلاف هذه الصورة فان البيع لم ينشأ منجزا و انما انشأ معلقا ، و

المشترى أيضا قبل ذلك، هكذا فبعد القبول ان أعطى الثمن نقدا يكون الثمن عشرة و ان لم يعطى نقدا كان الثمن عشرون فيعطيه مؤجلا، ولا شبهة أن التعليق فى العقود ليس مستحيلا فى نفسه ليكون باطلا من هذه الجهة و انما هو باطل للاجماع، فان قلنا بشمول الاجماع لذلك فيحكم بالبطلان و الاّ فلا ، كما هو المحتمل اذ بطلان البيع بثمنين مورد الخلاف للعلماء ، فليس هنا اجماع و سيأتى الكلام فى صحة الاجماع و بطلانه من جهة هذه المخالفة ·

و يحتمل بعيدا أن يراد التخيّير بأن يبيع البايع المتاع بأحد الثمنين على التقديرين بحيث ينشئ البيع منجزا و يكون الترديد فى الثمن لا على نحو لا يكون لهواقعية كما فى الصورة الاولى ليكون البيع باطلا ، بل يملك المثمن للمشترى و يتملك منه الثمن و هو أحد الثمنين و لا شبهة أن عنوان أحدهما له واقعية كالواجب التخييرى كما هو واضح، الاّ أن هذا بعيد فلا يمكن حمل كلام الفقهاء و حمل الروايات الواردة فى المقام على ذلك ·

و الثالث: أنه يمكن أن يراد من هذا البيع البيع المؤجل، المنجز دون المعلق و لكن يكون لتقدير الآخر و هو كون الثمن نقدا شرطا فيه بأن يبيع البايع المتاع من المشترى بعشرون الى سنة أى يشترط المشترى على البايع فى ضمن العقد التأجيل و أيضا يشترط عليه شرطا آخر و هو أنه اذا أعطى الثمن نقدا أن يكون عشرة بان ينزل من العشرين الى العشرة ·

و بعبارة أخرى يشترط المشترى على البايع النزول على تقدير ولا شبهة فى جواز هذا الاشتراط و صحته فان النزول جائز بدون الاشتراط فلا بأس باتيانه تحت الالزام بالاشتراط و اذا أريد من البيع بثمنين هذه الصورة فلا شبهة فى صحة ذلك، و لكن ذلك مخالف لصراحة الروايات بداهة أن موردها و كذا مورد كلمات الفقهاء هو البيع بثمنين و هذا الشق ليس من البيع بثمنين

بداهة أن الثمن هنا واحد و هو عشرون و أما كفاية اعطاء العشرة على تقدير أن يعطيه نقدا ليس من جهة كونه ثمنا آخر، بل هو من جهة اشتراط النزول. و لا شبهة أن باب الشروط خارج عن ما نحن فيه كما هو واضح .

و ان كان المراد عكس هذه الصورة بأن يبيع نقدا بعشرة ولكن اشترط على المشترى أنه اذا لم يرد الثمن نقدا أن يعطى بعشرين وهذا مضافا الى كونه خارجا عن البيع بثمنين كما عرفت فى عكسه أنه بيع ربوى فيكون محرما ولعل من افتى بحرمة البيع مع التزامه بالصحة حمل الروايات على ذلك مراده هذه الشق كما هو واضح . و لكن قد عرفت خروج ذلك عن مورد المسئلة .

ثم انه اذا كان اشتراط زيادة الثمن على فرض التأخير كاشتراط للرباء الذى هو شرط فاسد فهل يكون بعد فساده للبايع حق مطالبة الثمن قبل الأجل و معجلا أو ليس له ذلك. ربما يقال بلزوم الأقل و يكون التأخير جائزا من طرف المشترى و لازما من طرف البايع لرضاه بالاقل ،فالزيادة ربا و لذا ورد النهى عنه ،و هو غير مانع من صحة البيع،و قد ذهب الشهيد الى ذلك فى الدروس و استقربه و اشكل عليه المصنف بان الزيادة ليست فى مقابل الأجل اسقاط البايع حقه من التعجيل الذى يقتضيه العقد لو خلى و طبعه و الزيادة و ان كانت ربا كما سيجيء الاّ أن فساد المقابلتها لا يقتضى فساد اسقاط البايع حق مطالبته الثمن الى أجل خاص كما احتمل ذلك فى حق القصاص بعبد يعلمان استحقاق الغير له أو حرمته ،بل قال فى التحرير بالرجوع الى الدية وح فلا يستحق البايع الزيادة ولا المطالبة قبل الأجل لكن المشترى لو اعطاه وجب عليه القبول اذ لم يحث له بسبب المقابلة الفاسدة حق فى التأجيل حتى يكون له الامتناع عن القبول قبل الأجل و انما سقط حقه فقط عن التعجيل .

أقول : يرد عليه أن جواز مطالبة البايع حقه من المشترى الثمن ليس

من قبيل الحقوق حتى يقبل الاسقاط باسقاطه في مقابل العوض ليتوهم بقاء الاسقاط، و ان بطلت المقابلة، بل هو حكم من الاحكام الشرعية الغير القابلة للاسقاط، و لا يقاس ذلك بحق القصاص فانه حق قابل للاسقاط و عليه فيجوز للبايع مطالبة الثمن قبل وصول الأجل، بل يجب للمشترى أن يعطيه اياه أيضا و ان له يطالب اذا لم يعلم بكون البايع راضيا بالتأخير و ذلك لأن التصرف في مال الغير و ابقائه عنده بدون رضاه حرام فلا يحل ذلك الاّ بطيب نفسه، و المفروض أنه لم يحرز طيب نفسه بالابقاء، فيجب الاداء كما لا يخفى، فافهم.

اذا عرفت هذه الشقوق فعلمت أن مورد البحث و محط الروايات و محلها هو الشق الثاني بداهة أن الفرضين الاخيرين خارجان عن البيع بثمنين والفرض الاول خارج عن مفهوم البيع والتأخير فيثبت الشق الثاني و هو التعليق و هو نفسه لا محذور فيه، و لكن الاجماع قائم على بطلانه في العقود، الاّ أن يقال بعدم وجود الاجماع في المقام لوجود القول بالصحة و لا يضر خلافهم بالاجماع هذا كله بحسب القواعد.

و أما بحسب الروايات فالمستفاد من بعض الروايات صحة ذلك البيع و لكن على نحو خاص ففي رواية محمد بن قيس أنه قال أمير المؤمنين (ع) من باع سلعة و قال ثمنها كذا و كذا يدا بيد و ثمنها كذا و كذا نظرة، فخذها بأي ثمن شئت. فان الظاهر من هذه الرواية هو صحة ذلك البيع و أنه صفقة واحدة و لكن لا تعرض في ذلك لكون البيع مؤجلا على تقدير أن يعطيه المشترى بثمن نقد، بل حكم الامام عليه السلام على نحو الاطلاق بالأخذ بقوله فخذها من غير تعرض فيها لعدم جواز مطالبة البايع الثمن الى آخر الأجل، الاّ بعد وعدم جوازه كما هو واضح، هذه هي الرواية الاولى.

الثانية : رواية السكونى عن جعفرعن أبيه عن آبائه أن عليّا عليهاالسلام قضى فى رجل باع بيعا و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسية كذا ، فأخذ المتاع على هذا الشرط، فقال هو باقل الثمنين و ابعد الأجلين فان هذه الرواية أيضا تدل على صحة البيع بثمنين ،و لكن مقيدا بكون الثمن هوالأقل و كون الأجل هو الأبعد فقد تعرضت هذه الرواية بالمدة أيضا وأن البايع ليس له حق المطالبة الى أن يصل الاجل الأبعد و اذن فلا مانع من الالتزام بصحة البيع بثمنين على هذا النحو الذى استفدنا من رواية السكونى فان كانت الروايتين معتبرتين كما حكم الشيخ باعتبار الاولى والسيد باعتبار الثانية فبها و لابدّ من الرجوع الى سند الروايتين خصوصا الاخيرة ، لانها هى العمدة فى المقام ،و الاّ فلابد من الرجوع الى مقتضى القواعد وقد تقدم الكلام فى ذلك ،و قلنا أنه لا اشكال فى هذا البيع من غير ناحية التعليق و هو مجمع على بطلانه فى العقود و ان لم يكن فيه محذور فى نفسه ·

و توهم عدم وجود الاجماع فى المقام لوجود القائل بالصحة توهم فاسد فانا نعلم قطعا أن القائل بالصحة قد اعتمد على الرواية وبعد ضعف الرواية فلا مدرك له فيكون الاجماع تماما و مخالفة القائلين بالصحة غيرمضرة كما هو واضح ·

و أما الروايات الناحية عن البيع بثمنين و الآمرة بتعيين الثمن فهى محمولة على الكراهة بقرينة ما تقدم من الروايتين ، روايتى محمد بن قيس و السكونى الدالتان على جواز البيع كذلك و تعيّن الثمن الأقل و الأجل البعيد كما هو واضح ·

ثم انه بناء على العمل بروايتى السكونى و محمد بن قيس الدالتان على جواز البيع المذكور و لكن على النحو الخاص يلزم أن لا يكون العقد تابعا للقصد فان البايع قد انشأ البيع بثمن خاص على تقدير و بثمن آخر على

تقدير آخر و رواية السكونى دلت على امضائه بأقل الثمنين و بأبعد الاجلين فهو غير مقصود للمتبايعين فما هو مقصود لم يقع و ما هو واقع غير مقصود ٠

و فيه أنه لا محذور فى الالتزام بذلك بعد دلالة الرواية عليه تعبدا كما وقع نظيره فى عقد المتعة فانه مع عدم ذكر الأجل انقلب دائما بناء على عدم افادتهما الملك فانه مقتضى الجمع بين الدليلين هو حصول الاباحة الشرعية كما ذهب اليه صاحب الجواهر و كيف كان بعد دلالة الرواية فى المقام على الحكم المذكور لا يكون تخلف العقد عن القصد فيه محذور أصلا انتهى كلامنا الى البيع شىء بثمنين معجلا بكذا و مؤجلا بكذا ٠

و قد وردت هنا روايات فطائفة منها تدل على المنع و أنه نهى النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم عن البيع بثمنين معجلا بكذا و مؤجلا بكذا وطائفة أخرى تدل على الجواز كرواية السكونى ،و لكن رموا رواية السكونى على الضعف و لأجل ذلك استشكلوا فى صحة ذلك البيع،و لكن ذكر فى الحدائق أن دليل الصحة ليس منحصرا برواية السكونى لترمى بالضعف ونحكم بعدم جواز مثل هذا البيع، بل هنا روايتان عن محمد بن قيس أحدهما صحيحة وهى ما روى عن طريق الفقيه و الثانية حسنة كالصحيحة و هى ما روى عن طريق الكافى و هاتان الروايتان تدلان على أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى فى مثل هذا البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين و لذا عبر الشيخ (ره) فى المتن عن رواية محمد بن قيس بالمعتبرة ٠

و كيف كان فلا اشكال فى الرواية من حيث السند و انما الكلام فى دلالة ذلك و المحتمل فى دلالتها و ان كان كثيرا و لكن القريب الى الذهن منها وجهان :ـ

الأول : أن يكون غرض الامام عليه السلام من البيع بثمنين بيع متاع بثمن لعشرة دنانير معجلا ،و لكن يشترط البايع على المشترى كون الثمن

عشرون دينارا على تقدير التخلف فى الأداء عن المدة المؤجلة فيكون الزائد فى مقابل المدة الزائدة كما هو واضح ،وحيث كان هذه الزيادة رباء و هو حرام ، فحكم الامام عليه السلام بلزوم البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين٠

و لكن يرد على هذا الوجه أن شرط الرباء من الشروط الفاسدة المخالفة للكتاب و السنة فلا يكون نافذا و عليه فلا يكون البايع ملزما بتأخير الثمن الى أبعد الأجلين فحمل الرواية على هذا الوجه مشكل من هذه الجهة ،بل مقتضى حملها على هذا أن لا يجوز للمشترى تأخير الثمن الى هذه المدة المضروبة و يجوز للبايع أن يطالب الثمن معجلا و قبل وصول المدة المضروبة لأن التصرف فى مال غيره بدون اذنه غير جائز و كيف يجوز للمشترى أن لا يعطى مال الغير بدون رضاه كما هو واضح ٠ ولأجل هذا الاشكال قد وجّه المصنف هذه الرواية بأن البايع قد اسقط حق مطالبته بهذا الاشتراط و ان كان الشرط فاسدا و لكن فساد شرطه لا يضر باسقاطه حقه كما يسقط حق القصاص بمصالحة ولى الدم حقه بعبد يعلمان استحقاق الغير له أو كونه حرا و فى المقام أيضا كذلك فان فساد الشرط لا يضر بالاسقاط٠

و لكن ما أفاده المصنف (ره) ليس بتمام من جهة أن حق القصاص و ان كان أيضا حكما شرعيا و لكنه حق من الحقوق المصطلحة لأنه يقبل الاسقاط بالكتاب و السنة و هذا بخلاف حق المطالبة ، فانه حكم شرعى غير قابل للاسقاط حتى لو اسقطه لم يسقط ،بل له أن يطالب حقه بعد ذلك، نعم له أن لا يطالب حقه و يرضى بتأخير حقه ،و ح فلا يجب للمشترى المبادرة بالاداء ،و أما مع عدم الرضاء فلا يجوز له التأخير لما عرفت من أن التصرف فى مال غيره بدون اذنه حرام٠

و التحقيق أن تحمل الرواية على الوجه الثانى الذى هو مورد النقض

و الابرام فی المقام حیث نفاه بعضهم و اثبة آخر، و هو أن یقال أن المراد بالروایة هو التعلیق حیث ان البایع قد انشأ بانشاء واحد بیعین علی تقدیرین یعنی علی تقدیر کون الثمن معجلا أنشأ بیعا و علی تقدیر کونه مؤجلا أنشأ بیعا آخر، فهنا بیعان معلقان بثمنین علی تقدیرین ولا محذور للالتزام بذلک الاّ التعلیق الذی باطل فی العقود اجماعا، الاّ أنه لیس هنا اجماع و ذلک لاختلاف العلماء و فی ذلک حیث حکم جمع بالبطلان و حکم جمع آخر بالصحة فلا یکون المقام مشمولا للاجماع، و علیه فلا بأس بحمل الروایة علی امضاء ذلک البیع التعلیقی و لکن علی نحو خاص بأن یکون الأجل من أحدهما و الثمن من الآخر، حیث قال یمضی بأقل الثمنین و أبعد الأجلین.

و لکن أشکل الاردبیلی علی الروایة بأنها مخالفة للقواعد العقلیة و الشرعیة فان مقتضی القواعد هو أن یکون البیع واقعا علی النحو الذی أنشائه المتبایعان و المفروض أن الروایة تدل علی صحته غیر الشکل الذی أنشأه البایع، و قد دلت الأدلة الشرعیة و القواعد العقلیة علی حرمة التصرف فی مال غیره بدون اذنه، و طیب نفسه و المفروض أن المنشی اعنی البایع لا یرضی بالتصرف فی ماله بغیر ما أنشأه و اذن فتکون الروایة مخالفة لتلک القواعد العقلیة و الشرعیة فتسقط عن الحجیة و یرجع علمها الی أهلها.

و ما ذکره الاردبیلی متین جدا، فان القواعد العقلیة و الشرعیة تقتضی ذلک و لکن لیست تلک القواعد من القواعد التی تکون غیر قابلة للتخصیص و اذن فلا مانع بتخصیصها بهذه الروایة الصحیحة فانها تدل علی جواز التصرف فی مال غیره اذا انشأ بیع ماله علی هذا الشکل، فالشارع رغما لأنفه حکمه بامضاء علی غیر الشکل الذی أنشأه و أخبر عنه أی امضاء الشارع الامام علیه السلام، بل وقع نظیره کثیرا کأذن الشارع فی أکل مال غیره فی المخمصة

و حكم الشارع بعدم الملكية فى بيع الصرف و السلم الى زمان القبض و غير ذ لك من الموارد فا ن ذ لك كله حكم بالتصرف فى مال الغير على خلاف قصد المالك و كك حكمه بدوام العقد مع قصد الانقطاع.

و على الجملة أن الرواية الصحيحة اذا دلت على حكم تعبدى يكون تخصيصا للقواعد و تبعية العقود للقصود ليست من الاحكام التى تكون غير قابلة للتخصيص كما هو واضح.

فما ذكره الاردبيلى لا يمكن المساعدة عليه و ان كان متينا فى نفسه.

نعم، لا يعقل تخلف العقد عن القصد اذا امضى الشارع غير المنشاء بحيث يكون حكمه بعنوان الامضاء لا بعنوان الحكم المولى بحيث يكون انشاء المنشى موضوعا لحكم الشارع كما هو واضح.

ثم انه ان كانت الروايات الدالة على المنع معتبرة فلابدّ من حملها على الكراهة لأنها ظاهرة فى التحريم و ما يعارضها اعنى رواية محمد بن قيس صريحة فيه فيرفع اليد بنص هذه الرواية عن ظهور رواية المنع فتحمل على الكراهة كما هو واضح، و يمكن حملها على وجوه أخر غير الكراهة وقد ذكرها فى الحدائق.

ثم هل يمكن التعدى من مورد الرواية الى ما يكون البيع بثمنين على تقديرين بحيث يكون كل تقدير منهما مؤجلا لا أحدهما مؤجلا والآخر معجلا غاية الأمر يكون الثمن بالنسبة الى الأجل القليل أقل و بالنسبة الى الأجل البعيد اكثر، و قد جعل فى الحدائق هذا الفرع ملازما للفرع الاول وموردا لحكم الفقهاء بالصحة ان حكموا بصحة الفرع الأول و بالفساد ان حكموا بفساد الفرع الاول، و لكن الظاهر أن هذا الفرع بعيد عن الفرع الاول، و أن الامام عليه السلام قد حكم فى الفرع الاول بالصحة على خلاف القواعد تعبدا فلابدّ من الاختصار بموردها و التعدى من ذلك الى غيره قياس فلا

نقول بحجيته، و اذ ن فلابدّ اما من الحكم بالبطلان في الفرع الثاني للاجماع على بطلان التعليق أو الحكم بالصحة على النحو الذي انشأه المنشي أعني البيع بثمنين الى اجلين اذا لم يكن هنا تعليق لا الحكم بصحة البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين كما هو واضح .

و الظاهر هو البطلان لعدم وجود الاختلاف هنا و ان زعم صاحب الحدائق الملازمة بين الفرعين و نسبه اليهم ذلك و كيف كان فالميزان هو ما ذكرناه ، فافهم .

قوله : مسئلة : لا يجب على المشتري دفع الثمن الموجل قبل حلول الأجل .

أقول : من جملة أحكام المؤجل أنه لا يجب على المشتري أن يدفع الثمن الى البايع قبل حلول الأجل ، سواء طالب البايع أم لم يطالب وهذا اجماعي على أن ذلك فائدة الاشتراط كما هو واضح .

ثم انه اذا تبرع المشتري بدفعه هل يجب على البايع قبوله أم لا ؟ الظاهر هو الثاني ، بل لا خلاف فيه بين الأصحاب ، بل عن الرياض دعوى الاجماع عليه و في باب السلم من جامع المقاصد نسبة الخلاف في ذلك الى بعض العامة و لكن الظاهر أن المقام ليس مما يكون مورداً للاجماع التعبدي فان الأمر في المقام يدور مدار الاشتراط و عدمه و على كل تقدير فيتبع حكمه وعليه فلعل القائل بعدم الوجوب قد لاحظ كون الشرط من البايع على المشتري أيضا بان لا يسلم الثمن قبل الأجل و الاّ فلو كان الاشتراط من خصوص المشتري على البايع فلا مناص يجب للبايع أن يقبل الثمن لأنه ماله و لا يجب للمشتري حفظ مال شخص آخر ، و من هنا ظهر فساد ما ذكره العلامة من تعليل عدم الوجوب بأن في ذلك منة على البايع فان التعجيل كالتبرع بالزيادة و وجه الظهور أن التعجيل انما هو بحسب القواعد وليس

فيه منة ، بل ايصال حق الغير اليه بخلاف اعطاء الزيادة فان فيه منةكما هو واضح ٠

(أقول : لعل كلام العلامة مبنى على الفرع الثانى من الشرط لا يسقط بالاسقاط و ح يكون التعجيل تبرعا و تكون فيه منة على البايع اذ فى التبرع منة مع وجود الحق للمشترى ، نعم اذا قبل ذلك الاسقاط كما هو كذلك فلا منة مقرر) و عليه فلابدّ من التكلم هنا فى بيان ذلك من ناحية مقامى الاثبات و الثبوت فنقول أن الاشتراط التأخير بحسب مقام الثبوت يتصور على وجوه :ـ

الأول : أن يكون الشرط لخصوص المشترى بأن يشترط المشترى على البايع أن لا يكون للبايع حق المطالبة الى أجل خاص و ح فلو تبرّع المشترى و أعطى الثمن قبل و حصول الأجل لوجب على البايع قبول ذلك لأنه ماله و ليس له حق أن لا يقبل لعدم اشتراطه على المشترى ذلك ، بل الغرض من اشتراط التأخير هو التوسعة على المشترى فقط و على هذا يترتب فساد ما ذكره العلامة من أنه لا يجب للبايع قبول ذلك لأن فيه منّة فانه أى منّة فيه فى ذلك بعد ذلك بعد ما كان غرض المشترى ايصال مال البايع اليه ٠

الثانى: أن يكون الشرط من ناحية البايع على المشترى بأن يشترط البايع على المشترى أن لا يسلم الثمن الاّ بعد مدة خاصة كما اذا كان فى بلد آخرى غير بلده و باع متاعا و يخاف من أخذ ثمنه أن يسرقه السارق فان الحق هنا للبايع فقط فليس للمشترى أن يسبق الى دفع الثمن ويدفعه الى البايع قبل الأجل فانه على خلاف اشتراط البايع على المشترى ٠

الثالث : أن يكون الاشتراط من كل من الطرفين على الآخر وقد ظهر حكمه من القسمين المتقدمين هذا بحسب مقام الثبوت ٠

و أما فى مقام الاثبات فالظاهر هو القسم الأول مع عدم القرينة على القسمين الأخيرين ، فان المرتكز بحسب عامة الناس و المتعارف عندهم أن

الغرض من الاشتراط انما هو التوسعة على المشتري للتهيئه الى أداء الثمن و من هنا لو تبرع المشتري بأداء الثمن و أعطى الثمن للبايع وجب له القبول اذ لا يجب للمشتري حفظ ماله و لا أن للبايع أن يمتنع عن قبوله لما عرفت أنه ليس له حق في ضرب الأجل و من هنا ظهر الجواب عما احتمله المصنف من أن التأجيل كما هو حق للمشتري يتضمن حقا للبايع من حيث التزام المشتري لحفظ ماله في ذمته و جعله اياه كالودعي ، فان ذلك حق عرفا كما ظهر ما ذكره من ابطال توهم اختصاص الحق بالمشتري و أيضا عرفت جواب ما ذكره العلامة فيما تقدم ، فانه لا منّة في اعطاء حق البايع له ، اذ ليس هو الاّ مجرد اعطاء الحق وعليه فلا يجوز للبايع عدم القبول ولا يقاس ذلك باعطاء الزائد عن الثمن فان في ذلك منّة فلا يجب عليه قبوله كما هو واضح .

و اذن فما ذكره بعض العامة هو الصحيح هذا كله في أصل ثبوت الحق و جعله و أنه باي كيفية جعل .

ثم اذا اسقط المشتري حقه أي حق تأخير الثمن الى أجل خاص فهل يسقط هذا أو لا يسقط؟

و قد ذكر في التذكرة أنه لو اسقط المديون أجل الدين مما عليه لم يسقط و ليس لصاحب الدين مطالبته في الحال و علله في جامع المقاصد بأن التأجيل انما ثبت بعقد لازم فلا يسقط بالاسقاط الاّ بمثل الاقالة لارتباط الشرط بالطرفين .

و فيه أن الشرط و ان ثبت في عقد لازم و لكنه حق لخصوص المشتري فقط ، فيسقط باسقاطه مع أنه لو كان ذلك أي الثبوت في العقد اللازم موجبا لعدم السقوط كان اللازم عليه أن لا يقبل سقوطه حتى مع الاقالة أيضا الاّ أن تكون الاقالة في أصل العقد ، ثم ذكر أن في الأجل حق لصاحب الدين

أيضا و لذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل و لذا يجوز لهما التقائل ·

و فيه أن الصغرى ممنوعة فانه ليس هنا الاّ حق واحد مجعول للمشترى أعنى التأجيل و ليس فيه حق للبايع أصلا ، بحيث يكون مشتركا بينهما لعدم الدليل عليه على أن وحدة الحق الثابت للمجموع تتصور فى مثل ارث الخيار كما تقدم ، و لكن لا يعقل هنا لأن اطرافه متعددة من جميع الجهات كما فى حاشية بعض مشائخنا المحققين ، فراجع و لعل المحقق الثانى لم يعتمد على الوجه الأول ، بل على الوجه الثانى و لذا حكم بجواز الاقالة فى الوجه الثانى ، فان مقتضى الوجه الاول كما عرفت عدم جواز الاقالة بخلاف مقتضى الوجه الثانى فانه يجوز الاقالة لكون الحق واحدا و مشتركا بينهما كما لا يخفى ·

و يمكن أن يكون مراد جامع المقاصد من الوجه الثانى أن يكون لكل من البايع و المشترى حق مستقل لا أن هنا حقا واحدا مشتركا بينهما و ح فيكون الجواب عنه هو المناقشة فى الصغرى أيضا و أنه لا دليل على جعل الحق على البايع أيضا و ان ذلك ممكنا فى مقام الثبوت كما لا يخفى ، فافهم

و ذكر العلامة (ره) هنا وجها رابعا وهو أن الاجل صفة تابعة و الصفة لا تفرد بالاسقاط ولهذا لو اسقط مستحق الحنطة الجيدة الدنانير الصحيح الجودة لصحة لم يسقط·

و فيه أن الشرط لا يقاس مما ذكره من عدم اسقاط صفة الجودة و الصحة من المستحق لذلك فان ذلك الوصف تقييد فى المبيع فلا يمكن الاسقاط الاّ بالتراضى الجديد بأن تكون هنا معاملة أخرى غير المعاملة السابقة لأن ما وقع عليه البيع هو هذه الحصة الجيدة أو الصحيحة و غيرهما ليس بمبيع أصلا ، و معه كيف يمكن اسقاط صفة الجودة و الصحة بدون التراضى الجديد و المعاملة الجديدة و هذا بخلاف المقام ، فان اعتبار التأجيل من الاشتراط

فيجوز لمن له الشرط أن يسقط ذلك لكونه حقا كماعرفت، و يجوز التبعية لا تمنع عن الاسقاط.

نعم، لو كان اعتبار الجودة والصحة في المبيع من باب الاشتراط بأن وقع البيع على الحنطة المطلقة وعلى طبيعي الحنطة أو على طبيعي الدينار و اشترط المشتري الصحة في ذلك، فان ذلك قابل للاسقاط فالمانع عن الاسقاط في المقيس عليه هو كون الوصف قيدا في المبيع و كون المبيع هو الحصة الخاصة لا أن التبعية مانعة عن ذلك، و الاّ لم يقبل شيئ من الشروط الاسقاط حتى بالتقائل أيضا لوجود الملاك المذكور و هو التبعية كما هو واضح، مع أنه وقع الاتفاق على أنه يجوز الاسقاط بالتقائل مع أنه لو كان ما ذكره العلامة تماما لا تصح الاقالة أيضا وأيضا لا شبهة أن بعض الشروط يقبل الاسقاط، بل لم يخالف فيه أحد ظاهرا كشرط الخياطة و نحوها، ولا شبهة أنه لا فارق بينما نحن فيه وبين شرط الخياطة كما هو واضح.

و قد انتهى الكلام الى أنه لو اسقط المشتري أجل الدين فهل يسقط حق المشتري أو لا يسقط، فالمشهور بين العلماء أنه لا يسقط و ذكروا في وجه ذلك وجوها: الاول: ما ذكره في جامع المقاصد أن التأجيل قد ثبت في العقد اللازم فلا يسقط بمجرد الاسقاط و فيه أولا أنه لا حق هنا الاّ لخصوص المشتري و هو يسقط باسقاطه و بعده ليس للبايع حق بالنسبة الى التأجيل حتى يسقط بالاسقاط، و ثانيا أنه لو كان ذلك غير قابل للاسقاط باسقاط المشتري لم يكن قابلا له بالاقالة أيضا مع أنه كغيره يلزم سقوطه بالاقالة.

الوجه الثاني: أن الحق لكل من البايع و المشتري بحيث يكون لكل منهما حق مستقل فاذا اسقط المشتري حقه لا يسقط معه حق البايع، بل يبقى هو على حاله و هذا الوجه يمكن أن يكون مراد المحقق الثاني من الوجه

الثانى فى كلامه من أن فى الأجل حقا لصاحب الدين، الخ، و فيه أنه و ان يقبل الاقالة و لكن ذكرنا فيما سبق أنه لا دليل عليه فى مقام الاثبات و ان كان ممكنا فى مقام الثبوت على أن ثبوت حق للبايع أيضا لا يمنع عن سقوط حق المشترى كما هو واضح ·

الثالث: أن الحق و ان كان واحدا و لكن قد ثبت ذلك الحق الواحد لكل من البايع و المشترى و عليه فلا يسقط ذلك باسقاط المشترى فقط و فيه أولا أن الصغرى ممنوعة اذ ليس هنا الآ حق واحدا ثابت لخصوص المشترى و ليس هنا حق للبايع أصلا لعدم الدليل عليه ·

و بعبارة أخرى أن هذا الحق ثابت بالاشتراط و هو انما بالنسبة الى خصوص المشترى فقط كما هو الظاهر من المعاملات المؤجلة حيث ان الغرض هو تسهيل الأمر على المشترى بتأخير الثمن كما هو واضح ·

نعم بناء على هذا فأيضا يسقط ذلك بالاقالة كما التزم به المحقق الثانى أيضا، نعم يمكن الالتزام بذلك مع مساعدة الدليل عليه كما التزمنا به فى ثبوت حق الخيار للورثة على القول به، فانه ليس هنا الآ حق واحد ثابت لمجموع الورثة ·

الرابعة: ما ذكره العلامة من أن الأجل صفة تابعة لا يفرد بالاسقاط الخ، و قد تقدم جوابه فراجع·

الوجه الخامس: ما ذكره المصنف (ره) من أن الحق و ان كان واحدا و ثابتا لخصوص المشترى دون البايع و لكن مرجع التأجيل فى البيع الى أن البايع قد أسقط حق المطالبة و من الواضح أن الزائل لا يعود وعليه فاسقاط المشترى حق التأجيل و عدمه سيان من هذه الجهة كما هو واضح ثم قاس ذلك بأنه لو شرط فى العقد التبرى من عيوب لم يسقط هذا الشرط باسقاطه بعد العقد بأن التزم بالصحة و لم تعد العيوب مضمونة كما كانت

مضمونة لو كانت بدون الشرط ·

و فيه أولا : أن جواز المطالبة ليس من الحقوق ليسقط بالاسقاط، بل هو حكم شرعى لا يقبل الاسقاط كما تقدم سابقا و هل يتوهم أحد أنه اذا أسقط البايع حق مطالبة الثمن بعد البيع يسقط ذلك، بل له بعد اسقاطه أن يطلب الثمن أيضا و السرّ فى ذلك هو أن جواز المطالبة ليس من الحقوق المصطلحة من الاحكام الشرعية غير القابلة للاسقاط كما هو واضح ·

و ثانيا : أن لازم ذلك أن لا يقبل الاقالة أيضا بأن لا يكون للبايع حق المطالبة حتى بعد الاقالة مع أن الفقهاء التزموا بجواز الاقالة كما هو واضح ·

و ثالثا : أن التأجيل ليس الاّ جعل الحق للمشترى على البايع فقط و أنه لا يجوز له المطالبة فى ظرف هذه المدة فاذا أسقط المشترى حقه فبمقتضى تسلط الناس على أموالهم أنه يجوز للبايع المطالبة، بل يجب للمشترى رد ماله اليه، فان التصرف فى مال الغير بدون اذنه حرام ·

و رابعا : أنه لا وجه لقياس المقام بالتبرى عن العيوب، فان عدم سقوط التبرى بالاسقاط و التزام المتبرى بالصحة بعد العقد لا يستلزم عدم سقوط اشتراط التأجيل، فان عدم لزوم الالتزام بالصحة بعد العقد انما هو من احكام العقد اللازم، فانه بعد ما صار لازما لا يكون جائزا و المفروض أن البايع لم يلتزم بالعيب و التزامه بعد العقد لا يكون لازما الاّ أن يكون هنا تراض جديد بين المتبايعين و هو أيضا غير مربوط بالعقد الأول ·

و بعبارة أخرى أن العقد قد وقع على المبيع الغير المقيد بكونه صحيحا الذى يعتبر فى ضمن العقد بحسب الارتكاز و يكون شَرَطاً ضمنيا لأن البايع قد أسقط هذا الشرط بالتبرى عن العيب و تحقق العقد اللازم خاليّاً عن الشرط و بعد ما صار هذا العقد لازما فلا يمكن اشتراط شرط الصحة فى

ضمنه بعد لزومه و ان كان اشتراطه بالتراضى الجديد كما هو واضح ،و هذا بخلاف المقام فان المشترى، قد اشترط على البايع التأجيل و صار له حق عليه فله أن يبقى هذا الشرط و له اسقاطه و لذا تجوز فيه الاقالة وأما فى التبرى فلا يجوز فيه الاقالة أيضا ، فانه هل يتوهم أحد أنه اذا تبرى البايع عن العيب ثم أقال البايع مع المشترى فى اسقاط التبرى يكون اشتراط الصحة فى المبيع لازما و هذا واضح لا شبهة فيه فتحصل أن ما ذهب اليه المشهور من انه لا يسقط التأجيل بالاسقاط غير صحيح و ما ذكروه من الوجوه على ذلك غير تام و ما ذهب اليه غير المشهور و نسب الى بعض العامة من أنه يسقط بالاسقاط صحيح كما هو واضح على ما عرفت.

قوله : مسئلة : اذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حلّ وجب على مالكه قبوله عند دفعه اليه.

أقول : قد أشار المصنف (ره) فى هذه المسئلة الى جهات من الكلام :

الجهة الاولى : انه اذا كان الثمن مؤجلا و حلّ اجله أو كان معجلا و اعطاه المشترى للبايع،فهل يجب على البايع قبوله أم لا يجب عليه ذلك وجهان و لعل المشهور أنه يجب على البايع قبوله و قد اختار المصنف (ره) و استدل عليه بأن فى امتناع البايع عن القبول اضرارا و ظلما اذ لا حق له على من فى ذمته فى حفظ ماله فى ذمته.

أقول : الكلام هنا فى وجوب القبض مع الاقباض و لا كلام لنا فى أن القبض بأى شىء يتحقق فلا يرد أنه اذا لم يقبل فالتخلية بين الثمن و البايع اقباض. اذا عرفت ذلك فنقول أن المراد من الضرر تارة يكون الضرر الخارجى و أخرى يكون الضرر الاعتبارى أما الاول فهو عبارة عن النقص فى المال أو الاعضاء أو الاعراض و لا شبهة أن عدم قبول البايع الثمن لا يستلزم شيئا من هذه الامور فلا يكون هنا ضرر خارجى.

و أما الضرر الاعتباري و الشؤني فنعم فانه لو لم يقبل البايع الثمن لم تفرغ ذمة المشتري و يكون مديونا و يعد بين الناس مديونا و يقل بذلك اعتباره بينهم و لا شبهة في أن هذا ضرر عليه و لكن الكلام في أن اندفاع هذا الضرر منحصر بالاقباض ليقع المشتري بعدم قبول البايع الثمن على الضرر الاعتباري أو ليس بمنحصر بذلك،و الظاهر أنه غير منحصر به ، بل يمكن دفعه أن يلقى بالطريق أو يدفعه الى الحاكم أو يكون عنده أمانة ، نعم قبوله الثمن موضوع لرفع الضرر و من الواضح أن ايجاد هذا الموضوع ليس بواجب.

و بعبارة أخرى أن دليل الضرر انما يرفع الحكم الناشي منه الضرر ولا شبهة أن الحكم الذي ينشأ منه الضرر انما هو حكم الشارع بلزوم دفع الثمن الى البايع فاذا امتنع البايع عن القبول يكون بقاء هذا الحكم على حاله ضرريّا على المشتري و من الواضح أن اندفاع هذا الضرر لا ينحصر بقبول البايع ليحكم بوجوبه عليه ، بل كما يدفع بوجوبه كك يدفع ذلك بدفعه الى الحاكم أو بالقائه في الطريق أو بجعله عند نفسه أمانة شرعية كما هو واضح.

و توهم أن قبض الحاكم لا يدفع الاضرار و الظلم و هكذا بعزله و كون ضمانه على مالكه توهم فاسد كما عرفت و لا وجه لقياس ذلك بمن يجب عليه بيع ماله لنفقة عياله فان الوجوب هنا باق على حاله حتى مع قيام الغير على بيع ماله و صرفه في نفقة عياله ، فانه من جهة ما دل على وجوب الاتفاق لا لدليل الضرر كما هو واضح و كيف كان فاذا امتنع عن قبول حقه سقط وجوب الاعطاء له لا أنه يبقى على حاله و سقط اعتبار رضاه في بيع ماله كما لا يخفى.

الجهة الثانية : أنه اذا قلنا بوجوب الاقباض للبايع و امتنع هو عن قبوله فربما يقال أن الحاكم يجبره بالقبض لأنه ولي الممتنع فله أن يجبره بذلك و لكنه واضح الدفع فانه لا دليل على ثبوت الولاية للحاكم فقط في

امثال الموارد لأنه ليس الاّ من جهة الأمر بالمعروف و أنه يجب عليه أن يقبض و لا يمتنع عن ذلك و لا شبهة أن الأمر بالمعروف يشترك فيه الحاكم و غيره فانه واجب لكل من يقدر عليه و لا يختص ذلك بالحاكم لاطلاق أدلة الأمر بالمعروف بالنسبة الى الحاكم و غيره و بالنسبة الى العدول وغيرهم و عليه فالتخصيص بالحاكم أولا ثم بعدول المؤمنين و هكذا بلا وجه ·

و الحاصل : أن الكلام فى هذه المسئلة يقع فى جهات: الاولى : أنه هل يجب على البايع قبول الثمن و قبضه مع حلول أجله اذا اعطاء المشترى أو لا يجب. فذكر المصنف أنه يجب على البايع قبوله اذا لم يرض المشترى ببقائه عنده لدليل نفى الضرر و لكن قد عرفت أن الضرر انما نشاء من حكم الشارع باشتغال ذمته و كونه مديونا فانه ضرر على اعتباره و لم ينشاء الضرر من عدم قبوله. نعم قبوله سبب لارتفاع الضرر و موضوع له و لكن لا يجب عليه ايجاد هذا الموضوع و بمقتضى دليل نفى الضرر يكون هذا الحكم الذى نشأ منه الضرر مرتفعا و له أن يدفع حقه اليه و اذا لم يقبل و امتنع عن ذلك يدفعها الى الحاكم أو يطرحه فى الطريق ثم على القول بوجوب الاقباض و امتناعه عن قبوله فهل يجبره الحاكم بالقبول أو لا ،و الظاهر هو عدم اختصاص الحاكم بذلك فانه بناء على وجوب القبض و امتناعه عنه يكون المورد من موارد الأمر بالمعروف و من الواضح أن عدول المؤمنين ،بل فساقهم فى عرض الحاكم فى ذلك لاطلاق أدلة وجوب الأمر بالمعروف كما هو واضح وقد اعترف المصنف أيضا بكون ذلك من باب الأمر بالمعروف فى اثناء كلامه ·

الجهة الثالثة : أن البايع اذا امتنع عن القبض اما لعدم وجوبه ، أو لعدم امكان اجباره فهل يتولى الحاكم بالقبض لكونه ولى الممتنع أو لا يجب عليه ذلك و الظاهر أنه لا دليل على مباشرة الحاكم بذلك اذا لا ولاية له على ذلك. غاية الأمر أنه ولى الممتنع عن أداء الحق فانه يجبره على الاداء

بل يجبره عدول المؤمنين ، بل فساقهم على ذلك فانه من باب الأمر بالمعروف و مع عدم قبوله يتولاه الحاكم و غيره من المؤمنين و أما اذا كان الامتناع عن قبول حق نفسه فلا دليل على ولاية الحاكم عليه بأن يقبل ماله ويقبضه ولاية عنه و ان قلنا للغائب و نحوه حسبة و كذا ليس للحاكم أن يطالب المديون بالدين مع حلول الاجل و رضاء المالك ببقائه فى ذمته أى المديون و كيف كان فمباشرة الحاكم بالقبض فى امثال الموارد تصرف فى مال الغير بدون اذنه فيحتاج الى دليل و مع رضا بذلك فيجوز للحاكم قبضه لا أنه يجب عليه بحيث يكون ذلك وظيفة له بما أنه حاكم و هذا واضح جدا ٠

و من هنا ظهر أن ما ذهب اليه فى السرائر من الحكم بوجوب القبض للحاكم و عدم وجوب اجبار الدائن ليس فى محله و كذلك لا وجه لما رجّحه جامع المقاصد من تولى الحاكم بالقبض مع عدم الاكراه للبايع٠

الجهة الرابعة : أنه بعد ما كان اشتغال ذمة المديون ضررا عليه مع عدم قبول الدائن دينه فلابدّ من عزل حقه و تعيينه فى شخص معيّن وهل المتصدى لهذا العزل هو المديون أو الحاكم أو شخص آخر ، و الظاهر أنه هو الحاكم ، فان ما يدفع به الضرر هو جواز العزل و أما أن يكون المتصدى هو المديون فلا يقتضيه دليل نفى الضرر لما ذكرنا فى باب الولاية أنه وان كان لا دليل على ولاية الحاكم و لكن مع ذلك نلتزم بثبوت الولاية له من باب القدر المتيقن و كذلك فى المقام فانه قد اقتضى دليل نفى الضرر ارتفاع حكم الشارع باشتغال ذمة المديون و أنه يعزل حقه مع امتناعه و لكن الأمر دائر بين أن المتصدى لذلك هو الحاكم أو غيره فالقدر المتيقن هو أن يكون المتصدى لذلك هو الحاكم ٠

ثم انه بعد العزل هل يدفع الى الحاكم أو يجعل أمانة عند المديون أو عند شخص آخر أو يلقى الى نفس المالك سواء أخذ أم لا ، و قد يقال أنه

يعطى للحاكم لأنه ولى من لا ولى له و لكنه واضح الدفع فانه انما يدفع المال اليه اذا لم يكن مالكه حاضرا و لم يكن له ولى يحفظه فانه يعطى للحاكم و هو يأخذه و يحفظه حسبة و أما فى المقام فالمالك حاضر فلاحسبة لأخذه عنه و لا دليل بالخصوص يدلنا عليه فلا دليل لوضعه عند الحاكم كما لا دليل على لزوم أن يأخذه الحاكم كما تقدم بحيث يكون وظيفة له ومن هنا ظهر حكم غير الحاكم أيضا ٠

و أما المديون فذكر المصنف أنه يجعل عنده فان تلف فعلى ذى الحق لأن هذا فائدة العزل و ثمرة الغاء قبض ذى الحق ٠

و مع ذلك لا يخرج بالعزل عن ملك مالكه لعدم الدليل عليه فان التملك كان مشروطا بالقبض فلا يسقط بدليل نفى الضرر، بل يسقط الضمان و نماء المعزول أيضا للمديون لما عرفت أنه ملكه فيكون المقام عكس قاعدة الخراج بالضمان فلا تكون القاعدة المذكورة جارية هنا فان نفى الضرر ينفى الضمان و اعتبار القبض فى الملك يدل على عدم خروج المعزول عن الملك و يكون ذلك كتعلق حق المجنى عليه برقبة العبد الجانى ٠

و لكن يرد عليه أنه اذا كان المعزول باقيا فى ملك المديون و كانت ذمته أيضا فارغة عن الدين فاين ذهب ملك الدائن مع أنه كان مالكا لذمته قطعا فلا مناص عن تعين ملكه بالمعزول و قد عرفت أن دليل نفى الضرر يقتضى أزيد ما يدفع به ضرر المديون اذا عزل حق الدائن لا انعدام ملكه بالكية و قد عرفت أنه يندفع بعزل الحاكم و اذا عزله الحاكم فيتعين حقه بذلك و عليه فيكون تلفه عن المالك فيكون نماؤه أيضا له على ما تقتضيه قاعدة الخراج بالضمان كما هو واضح ٠

الجهة الخامسة : أنه اذا عزل حق الدائن فهل حفظه على الدائن أو للحاكم أو ليس على أحد حفظه أما الحاكم فقد عرفت الكلام فيه فانه ولى

الغائب لا ولي الحاضر و كك المديون ، فانه لا دليل على وجوب حفظه عليه بل حفظه كذلك أضر من بقائه في ذمته كما ذكره المصنف و عليه فللمديون أن يحفظ ذلك و له أن يطرحه عليه أو على الطريق فانه بعد ما عرض ذلك على مالكه و امتنع مالكه عن القبض فلا يكون حفظه على أحد حسبة ، بل على مالكه و المفروض أن المالك لا يأخذه فسقط احترام ماله من حيث وجوب الحفظ فيلقيه المديون اين ما يريد كما هو واضح ٠

ثم انه بقي هنا شيء قد تعرض له المصنف و أن لم يكن مربوطا بالمقام و هو أن مورد حديث نفي الضرر هو أن النبي صلى اللّه عليه و آله قد أسقط ولاية سمرة و أمر بقلع الشجرة و رميها اليه ، و لكن قد ذكرنا في البحث عن قاعدة لا ضرر أن هذا و ان كان يدل على نفي الحكم الضرري في الاسلام و لكن لا دلالة فيه على سقوط ولاية المالك عن ماله لأن حكم النبي صلى اللّه عليه و آله بقلع الشجرة ليس من جهة الضرر لأن بقائها في بستان الانصاري لم يكن ضررا عليه ، بل الضرر انما كان ناشئا عن دخول سمرة على الانصاري بلا استيذان منه و كان يندفع الضرر بمنعه عن الدخول عليه بدون الاستيذان و انما كان أمر النبي صلى اللّه عليه و آله بذلك من جهة التأديب حيث انه لم يقبل كلما وعده النبي صلى اللّه عليه و آله تأديبا له بقلع شجرته و رميها اليه و الاّ فالحديث لا يقتضي رفع ولاية المالك عن ماله بعنوان لا ضرر ٠

ثم انه بقي هنا فرعان قد تعرض لهما المصنف لأجل المناسبة وان لم يكونا مربوطين بالمقام :ـ

الأول : أنه اذا كان مال مشترك عند شخص و أخذ الغاصب منه بقصد أنه من حصة شريكه لا ممن عنده مال ، فهل يكون المأخوذ محسوبا من صاحبه أو يكون محسوبا منهما ٠

الثاني : أن يصدى الظالم بنفسه لذلك بأن أخذ من المال المشترك

مقدار نصيب صاحبه ٠

و قد ذكر المحقق الثانى هذين الفرعين ثم ذكر أنا لم نجد تصريحا بهما فى كلمات الاصحاب و تردد هو فيما بعد حكمه فيما نحن فيه بكون تلف المعزول من صاحب الدين ، و لكن لا وجه لتوهم أن الفرعين مما نحن فيه كما ذكره المصنف و حكم بخروجهما عن المقام بان يدعى أن دليل نفى الضرر ينفى كون الضرر ممن بيده المال لعدم توجه الضرر عليه ، بل يكون من صاحبه بأن يكون دليل الضرر مقتضيا لكون المعزول ممن قصد الظالم وقوع الضرر عليه ٠

أما الفرع الثانى فمن جهة أنا لا نسلم كون المأخوذ من صاحب الشريك كما فيما نحن فيه لأن دليل نفى الضرر بنفسه لا يقتضى تأثير نية الظالم فى التعيين ، فاذا أخذ الظالم جزءً خارجيًا من المشاع فتوجيه الضرر الى من نواه الظالم دون الشريك لا وجه له فان نيته ليست موجبة لتعين المال لعدم كونها فارزة كما اذا أخذ الظالم من المديون مقدار مال الغريم بنية أنه من الدائن أو اجبر أحدا أن يبيع ماله من شخص ثم أخذ الغاصب المال المعلوم فان دليل لا ضرر لا يثبت الولاية لأحد أن يبيع ماله من شخص أصالة عن نفس و ولاية عن غيره و هذا واضح جدا ٠

نعم ، هنا كلام من جهة أخرى و هى أن الضرر المتوجه الى شخص هل يجب دفعه لغيره عنه مع تمكنه عن ذلك أو لا يجب دفعه عليه وقد تقدم ذلك فى الجزء الأول و قلنا انه لا يجب دفعه و لكنه غير مربوط بالمقام لما عرفت أن الضرر هنا انما توجه الى المال المشاع المشترك و نية الظالم لا يوجب توجهه الى خصوص ما قصده الغاصب فان نيته لا توجب تعين حق أحدهما فان أمر الافراز ليس بيده ، و لا أن دليل نفى الضرر يقتضى ذلك بعد توجه الضرر الى المال المشاع ٠

و أما الفرع الاول : فربما يتوهم أن الشريك لما كان فى معرض التضرر لأجل مشاركة شريكه جعل له ولاية القسمة بمقتضى دليل نفى الضرر، و لكنه توهم فاسد كماذكره المصنف، و فيه أن التضرر و ان كان يجوز القسمة و لكن القسمة أيضا ضرر على الطرف الآخر فيكون دليل نفى الضرر بالنسبة اليهما متعارضا ·

و بعبارة أخرى أن دليل نفى الضرر انماورد فى مقام الامتنان فكماأن الامتنان يقتضى جواز القسمة و هكذا ان الامتنان يقتضى عدم جواز القسمة فعدم كل منهما خلاف الامتنان فيتعارضان فلا يكون دليل نفى الضرر شاملا لما نحن فيه ·

قوله : مسئلة : لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره ·

أقول : لما كان الكلام فى البيع المؤجل فتعرض المصنف لأجل المناسبة لعدم جواز التأجيل فى الثمن ، بل فى مطلق الدين بازيد منه بأن يزاد فى الأجل بزيادة الدين بحيث تكون زيادة الثمن فى مقابل الأجل الزائد وكيف كان فلا شبهة فى حرمة ذلك و كونه ربوى محرما و لم تسمع خلاف أحد فى ذلك

ثم ان مورد الكلام ما اذا كانت الزيادة فى مقابل الأجل ابتداءا بأن يزيد الدين بمقدار من الأثمان فيزيد الدائن الأجل و لا يختص ذلك بمعاملة دون معاملة و لا بمعاملة دون دين ، بل يجرى فى جميع ذلك فالميزان الكلى أزدياد الثمن فى مقابل ازدياد الأجل من غير أن يكون ذلك فى ضمن معاملة ·

و أما اذا صالح المديون بابراء الدين الحال بأزيد منه مؤجلا ، فلا باس به و أنه خارج عن المقام ، وكذلك ما اذا باع ما فى ذمته من المتاع الربوى كالحنطة مثلا ، بازيد منها مؤجلا ، فانه باطل لا من جهة الرباء و الزيادة العينية ، بل من جهة أن بيع الحال بمثله مؤجلا فى الربويين باطل

كما هو المشهور لا من جهة كون الزيادة فى مقابل الاجل فهذا أيضا خارج عن المقام . و أيضا ليس مربوطا بالمقام ما اذا باع الحال بما فى ذمته من الاثمان كالدينار و الدرهم بأزيد منه من غير جنسه معجلا كالمروءات و نحوه فلا بأس به أيضا .

و على الجملة فمورد الكلام ما اذا زاد المديون على الدين بعد حلوله أو فى وقت المداينة فى مقابل الأجل بحيث تكون الزيادة فى مقابل الأجل الزائد ، و قد اتفقت كلمات الاصحاب على حرمة ذلك من غير خلاف بينهم نصا و فتوى .

و قد استدل المصنف (ره) على حرمة ذلك بوجوه الأول ، الخبر الذى رواه فى مجمع البيان عن ابن عباس فى تفسير قوله تعالى و حرم الربا من أنه كان الرجل من أهل الجاهلية اذا حلّ دينه على غريمه فطالبه قال المطلوب منه زدنى فى الأجل أزيدك فى المال حتى اذا قيل لهم ربا ، فيتعجبون من ذلك و يقولون هما سوا بمعنى أنه كزيادة الثمن حال البيع فكما أنها ليست بحرام و كذلك الزيادة فى مقابل الأجل بعد البيع فذمّتهم الله و الحق بهم الوعيد و خطأهم فى ذلك بقوله أحل الله البيع و حرم الربا .

و فيه أن هذه الرواية و ان كانت دلالتها تامة و لكن لم تثبت حجيتها لعدم كونها منقولة من طرقنا .

الثانى: أنه استدل على ذلك بروايات من طرقنا عن الائمة عليهم السلام الله و هى على طائفتين .

الاولى : ما دل على جواز وضع البعض مع اعطاء البعض من الدين كصحيحة ابن ابى عمير قال سئل عن الرجل يكون له دين الى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول له انقدنى كذا و كذا واضع عنك بقيته أو انقدنى بعضه و أمدّ لك فى الأجل فيما بقى عليك ، قال عليه السلام : الله لا ارى به باسا ،

انه لم يزد على رأس ماله قال الله تعالى فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون و لا تظلمون ، فانه عليه السلام علل جواز التراض على تأخير أجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس المال كما ذكرهالمصنف فيدل على أنه لو زاد ذلك على رأس ماله لم يجز التراضي على التأخير ، فيكون ذلك ربا كما يقتضيه ذيل الآية اعنى قوله تعالى فلكم رؤس أموالكم ، الخ . فهذه الرواية تدل على عدم جواز الزيادة فى مقابل الأجل بعد الدين فتدل على حرمتها عند المداينة أيضا اذ لا فرق فى ذلك بين الحدوث و البقاء .

و الطائفة الثانية الأخبار الواردة عن تعليم طريق الحيلة فى جواز تأخير الدين بزيادة باشتراط التأخير فى ضمن معاملة أخرى للفرار عن الربا فلو جاز التأجيل بزيادة ابتداءا و بقاء لم يكن داعى الى التوصل بأمثال تلك الحيل حتى صاروا عليه السلام بذلك موردا لاعتراض العامة فى استعمال بعض هذه الحيل كما فى غير واحد من الأخبار الواردة فى ذلك و كيف فتدل هذه الرواية أيضا على حرمة الزيادة فى مقابل الأجل حدوثا و بقاء .

وعلى الجملة أن ما استدل به المصنف على مقصوده بهذه الروايات صحيحة و تامة .

قوله : مسئلة : اذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل ، جاز بيعه من بايعه وغيره قبل حلول الاجل و بعده بجنس الثمن و غيره مساويا له اوزايدا عليه او ناقصا حالا أو مؤجلا .

أقول : الكلام فى بيع العين الشخصية بعد شرائه مؤجلا من الشخص الذى اشتراه منه ، فالكلام يقع هنا فى ثلاث مسائل : الاولى فى أنه هل يجوز بيع العين الشخصية من الشخص الذى اشتراه منه مؤجلا أو لا يجوز بيعه منه قبل حلول الأجل أو بعده بجنس الثمن الذى اشتراه منه أو بغيره مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا عنه حالا أو مؤجلا ، ففى هنا مسائل :

الاولی : أنه یجوز بیع ما اشتراه الانسان مؤجلا و قد منع الشیخ عن ذلك بعد حلول الأجل بنقصان من الثمن ٠

و المسألة الثانیة : ما نسب الی الشیخ أیضا فی خصوص الطعام بأنه بعد حلول الأجل ، فان کلام الشیخ و ان کان فی بیع الطعام و لکن علله علی نحو یفهم منه التعمیم ، فراجع المتن و لا یجوز أخذ الطعام بدلا عن الثمن الا بما یساویه المسألة الثالثة أن یبیع الشیء بشرط أن یبیعه منه بالمال کما نسب الی المشهور٠

أما المسألة الاولی : فالظاهر أنه لا خلاف فی جواز ذلك بین الاصحاب الا عن النهایة للشیخ ، فانه حکم بعدم جواز أن یأخذ البایع من المشتری ما کان باعه ایاه أن یأخذ منه بثمن ناقص فما باع منه و لزمه ثمنه الذی کان اعطاه به کما هو ظاهر عموم کلامه فی بیع الطعام و عن الشهید أنه تبع الشیخ فی ذلك جماعة ٠ و لکن الظاهر ما هو المشهور و یدل علیه مضافا علی العمومات الدالة علی صحة المعاملات و لزومها صحیحة(١) بشار بن یسار قال : سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یبیع المتاع بنساء مرابحة فیشتریه من صاحبه الذی یبیعه منه ، فقال : نعم لا بأس به ، الخ ٠ فهذه الروایة و ان کانت خاصة من حیث اختصاصها بشراء البایع المتاع الذی باعه من المشتری مؤجلا ولکنها مطلقة من حیث کون الشراء ثانیا بأقل من الثمن الذی باعه أو أزید أو مساوی ، و کذلك مطلقة من حیث کون الشراء ثانیا بعین الثمن الذی باع به أولا أو بغیره قبل حلول الأجل أو بعده ، فهذه الروایة باطلاقها من حیث ترك الاستفصال بین الحلول و عدمه تدل علی المقصود٠

---

(١) وسائل : ج ١٢ ، ص ٣٧٠ ٠

و تدل على المقصود أيضا صحيحة(١) ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتريها منه، فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب ابيعك هذه الغنم بدراهمك التي لك عندي فرض قال لا بأس بذلك فهذه الرواية ليست مطلقة من حيث كون البيع الثاني قبل الأجل أو بعده بل الظاهر منها أن المطالبة انما كانت بعد حلول الأجل و لذا قال السائل انه اتى الطالب المطلوب يتقاضاه فانه لو كان ذلك قبل الأجل لم يكن له حق المطالبة و لكن الظاهر من الرواية أن للبايع حق المطالبة (الا أن يكون البيع حالا فتكون الرواية على ذلك اجنبية عن المقام) و لكن الرواية ليست فيها صراحة بالنسبة كون البيع الثاني واقعا على المبيع الأول، بل هي مطلقة من هذه الجهة فلا دلالة لها على ذلك الا من حيث الاطلاق٠

و يؤيد ذلك ما من كتاب (٢) علي بن جعفر عن اخيه قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة الى أجل، ثم اشتراه بخمسة بنقد فهذه الرواية على تقدير صحة سندها ظاهرة في المطلوب و لكن لا صراحة فيها أيضا في كون البيع قبل حلول الأجل أو بعده و كيف كان ففي هذه الروايات مع العمومات الواردة في صحة المعاملات غنى و كفاية٠

و قد استدل الشيخ على مقصود بروايتين الاولى رواية خالد بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعته طعاما بتأخير الى أجل مسمى فلما جاء الأجل أخذته بدراهمي فقال: ليس عندي دراهم و لكن عندي طعام فاشتره مني، فقال: لا تشتره منه، فانه لا خير فيه٠

---

(١) وسائل: ج ١٢: ص ٣٧٠٠

(٢) وسائل: ج ١٢: ص ٣٧١٠

و فيه أنه على تقدير صحة الرواية فلا دلالة فيها على المقصود اذ ليس فيها أن المبيع ثانيا عين المبيع أولا ، فان المشترى قال ليس عندى طعام فاشتر منى طعاما فيمكن أن يكون هذا الطعام غير الطعام الذى وقع عليه البيع أولا ، كما يقتضيه التعبير عنه بالنكرة حيث انه طلب الثمن فاعطاه الطعام عنه ، بل قيل أن تكرار النكرة بالنكرة يدل على التعدد كما فى قوله تعالى ان مع العسر يسرا ، الخ · و أما اذا كان تكرار النكرة بالمعرفة فيدل التكرار على الاتحاد ، نعم لا يبعد شمولها للمبيع الاول بالاطلاق و ثانيا لا دلالة فيها على الحرمة ، بل الظاهر منها الكراهة و لذا لم يقتصر الامام عليه السلام فى المنع بقوله لا تشتر ، بل عقبه بالتعليل بقوله فانه لا خير فيه فان الظاهر من كلمة لا خير هو الكراهة فانها مثل كلمة لا ينبغى و لا يصلح ونحو ذلك ·

و على الجملة فظهور الرواية فى المنع عن الاشتراء من حيث كون البيع ثانيا هو الطعام الأول ، و من حيث الزيادة و النقيصة و المساواة ، و الشيخ لا يقول بذلك فلا تنطبق الرواية على مسلكه ·

الثانية : رواية عبد الصمد بن بشر قال : سأله محمد بن قاسم الحناط ، فقال : اصلحك الله أبيع الطعام من رجل الى أجل فيجئنى فقد تغيّر الطعام من سعره فيقول : ليس عندى دراهم ، قال : خذ منه بسعر يومه ، فقال أفهم اصلحك الله انه طعامى الذى اشتراه منى فقال لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك ، فهذه الرواية صريحة فى كون المبيع ثانيا هو المبيع أولا فعلى تقدير صحتها فتدل على المقصود من هذه الجهة و لكن لا دلالة فيها على خصوص مذهب الشيخ و هو عدم جواز البيع بثمن ناقص من الثمن الذى اشتراه المشترى به من البايع كما لا دلالة على ذلك فى الرواية الأولى أيضا على تقدير شمولها المبيع الاول باطلاقها و الوجه فى ذلك أنه لا شبهة فى أن هذه الرواية صريحة فى كون البيع مؤجلا كما أنها صريحة فى كون المبيع ثانيا عين

المبيع أولا ، و ان دلت هذه الرواية على الجهة الثالثة أيضا ، وهى أن يكون الثمن فى البيع الثانى أقل من الثمن فى البيع الأول فتكون هذه الرواية أخص من العمومات الدالة على صحة هذا النحو من البيع و أيضا تكون أخص من الروايتين المتقدمتين فبمقتضى الجمع العرفى كون هذه مخصصة لها اذ ليس فى المقام ما يعارض هذه الرواية ، بل العمومات و الروايتين المتقدمتين كلها أعم من هذه الرواية .

و لكن الظاهر أن رواية عبد الصمد مع الغض عن سندها و الحكم باعتبارها من حيث السند فلا دلالة لها على المقصود فانها اما مجملة ، أو خارجة عن المقام جدا و الوجه فى ذلك أن الراوى حيث سأل الامام عليه السلام عن جواز شراء الطعام ثانيا الذى باعه من شخص مؤجلا ، و قد حلّ الأجل حيث يقول المشترى ليس عندى دراهم خذ طعامك فقد تغير سعره فقال الامام عليه السلام : الله خذ طعامك بسعر يومه الذى تطلب منه الثمن ثم كرر السائل السؤال ، فقال هو طعامى فأجاب الامام عليه السلام أنه لا يجوز أن تشترى منه ، بل لا بدّ و أن يبيع لشخصا آخر فيعطيك ثمنه ثم ندم السائل عن سؤاله ثانيا حيث قال ارغم الله انفى ، الخ . لا شبهة أن المبيع الثانى الذى سأل السائل عن حكمه ليس الثمن فيه مساويا للبيع الاول ، بل اما زائد عنه أو ناقص و لذا قال الراوى فقد تغيّر سعره فان كان المراد هو الناقص فدلت الرواية على مقصود الشيخ فانه تكون الرواية أخص من العمومات و الرواياتين المتقدمتين فتكون هى مخصصة لهما ، و لكن ليس فى الرواية ظهور فى ذلك ، بل الظاهر منها أن السائل بعد ما سأل عن حكم البيع الثانى فجوّره الامام عليه السلام فرأى أنه ليس على نفعه لكون الثمن فيه زائدا من ثمن بيع الأول فأراد الفرار عن ذلك فسأل ثانيا أنه طعامى فكيف أعطى الثمن أكثر مما اعطاه المشترى لى ، بل لا بدّ و أن يعطيه المشترى لى بمثل

الثمن الذی اعطیه ایاه فاجاب الامام علیه السلام بأنه لا تأخذ منه الخ ، فتخیل السائل من ذلك أنه لا یجوز البیع بازید من الثمن الذی فی البیع الاول ، فقال ارغم اللّٰه انفی رخص لی فررت علیه و شدد علیّ فان الظاهر من هذه (و لکن الظاهر من ذیل الروایة أنه کان الثمن فی البیع الثانی فمنع ، الامام علیه السلام منه فتکلم هو بهذه الجملة فانها أمس بصورة القلق والندامة بها اخری و أما فی الزائد فلا من المقرر) الجملة أنه فهم عدم الجواز من الشراء بالزائد فتندم لأنه کان حاضرا بالشراء الزائد ، و لکن لا دلالة فی قول علیه السلام لا تأخذ منه ، الخ ۰ علی عدم جواز الشراء ثانیا بالاکثر کما تخیله الراوی بل الامام علیه السلام أرشده الی أنه اذا ثقل علیه أن تشتری متاعك بالثمن الزائد من الذی بایعته فلا تأخذ منه ذلك فخلی أن یبیعه من غیرك فیعطیك دراهمك و علیه فلا دلالة فی الروایة علی المنع عن البیع بازید من الثمن الذی کان فی البیع الأول و علی هذا فالروایة بالکلیة اجنبیة عن رأی الشیخ الطوسی فان الروایة لا تمنع عن البیع الثانی لا بالثمن الناقص من البیع الأول کما صرح به الشیخ الطوسی و قال انه لا یجوز بالناقص ، و لا بالثمن الزائد کما هو ظاهر کلامه فی مورد بیع الطعام ، و ان ابیت عن ظهورها فی ذلك فلا ظهور لها فی المنع عن البیع بالثمن الناقص من الثمن الأول فلا أقل من الاجماع کما هو واضح ۰

ثم انه ربما یستدل علی مذهب الشیخ بما نسب الیه فی السلم من أنه لو باع أحد طعاما من غیره سلما فحل الأجل و لم تمکن البایع من تحویل الطعام ، فانه لا یجوز له أن یعطی درهما بدل الطعام الاّ بنحو التساوی فانه یرجع الی بیع الدرهم بدرهم فهو لا یجوز فی غیر صورة التساوی و عکس ذلك فی البیع المؤجل فانه اذا باع طعاما بدراهم مؤجلا فحل الأجل و لم یتمکن المشتری من اعطاء الدراهم فانه لا یجوز له أن یعطی الطعام بدل

الدراهم لرجوعه الى بيع الطعام بالطعام ، فهو لا يجوز الاّ بنحو التساوى و الاّ يلزم منه الربا و الأصل فى ذلك ما ورد فى السلم من خبر علي بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة يأخذ بقيمته دراهم قال عليه السلام : اذا قوّمه دراهم فسد لأن الأصل الذى يشترى به دراهم و لا يصلح دراهم بدراهم ·

و فيه أولا أن الرواية ضعيفة السند·

و ثانيا : أنها معارض فى موردها برواية أخرى ، و ثالثا : أن مورد هذه الرواية هو البيعى الكلى ، فانه قال عليه السلام سألته عن رجل له علّى تمر و لا أقل من اطلاقه بالنسبة الى الكلى و الشخصى و لا شبهة أن كلام الشيخ فى البيع الشخصى دون الكلى بداهة جواز ذلك فى الكلى و اذن فلا مانع من هذه الناحية أيضا لأن البيع الثانى بأقل من الثمن الأول لا بأس به ·

فتحصل ان مذهب الشيخ (ره) مبنى على وجوه ثلاثة كلها لا يرجع الى محصل كما هو واضح ·

و أما المسئلة الثالثة فهى أن يبيع شيئا و يشترط فى ضمنه أن يبيعه ثانيا ، فقد نسب الى المشهور بطلان ذلك و علله العلامة بانه مستلزم للدور و هو محال ،و ما يلزم منه المحال فهو محال ،و لكنه لا يناسب مقام العلامة ، بل مقام من هو دونه و ذلك لأنه ان كان معنى الاشتراط هو تعليق البيع على الشرط بحيث أن يكون البيع على تقدير هذا الشرط و الاّ فلا بيع ، فلتوهم الدور مجال لأن حصول البيع الاول متوقف على البيع الثانى فالبيع الثانى متوقف على الملكية الحاصلة من البيع الاول فيتوقف البيع الثانى على البيع الأول فهو دور و لكن الأمر ليس كك ، فانك قد عرفت أن معنى الشرط ليس هو التعليق الذى قام الاجماع على بطلانه ،بل الالتزام معلق على الشرط والعقد معلق

علی الالتزام بالشرط و لا یضرّ مثل هذا التعلیق لأنه انما تعلیق بأمر حاصل لتحقق الالتزام حال العقد و التعلیق بأمر حاصل لا تضرّ کما هو واضح ،و انما الذی هو غیر حاصلة هو الملتزم به دون نفی الالتزام کما هو کذلک فی جمیع الشروط غیر شرط النتیجة کشرط الخیاطة و البنایة و نحوهما و أما علی ما هو المعروف من معنی الشرط من ارتباط الالتزام بالعقد مستمرا متوقف علی الشرط و الارتباط انما هو بینهما فالملکیة حاصلة بالبیع سواء حصل الشرط أعنی الملتزم به أم لم یحصل غایة الأمر أنه یثبت للمشروط له خیار تخلف الشرط،و أما توقف الملکیة علی الشرط المتوقف حصوله علی البیع الثانی ،فلا، کما هو واضح .و حیث ان هذا المعنی من الشرط واضح فلا وجه للزوم الدور بوجه علی أنه منقوض بالاجارة أیضا فانه لو باع عینا من شخص و اشترط استجارها للبایع لزم الدور المذکور و کذلك ینتقض باشتراط بیعه من شخص آخر فان توهم الدور متوجه فی جمیع ذلك فلا وجه له للفرق بینهما .

ثم انه حیث ان الدور بظاهره الذی عرفت بشیع و القول بلزومه فی صورة اشتراط البیع للبایع منقوض بالأمور المذکورة فقد وجهه المصنف بوجه آخر ،و حاصله أن الشرط لا بدّ و أن یکون محرز الصحة قبل البیع و لا یکون ممتنعا قبله ،فلو کانت صحة الشرط ناشئة من ناحیة الاشتراط فی البیع بحیث یکون البیع موجبا لمعقولیته لزم الدور ففی المقام لا شبهة أن بیع مال الشخص من نفسه معقول فلو اشترط ذلك فی ضمن البیع لکان صحة هذا الشرط متوقفة علی البیع و المفروض أن صحة البیع أیضا متوقفة علی هذا الشرط فیلزم الدور و لکن یرد علیه نقضا و حلا أما النقض فلأن النقوض المذکورة وان لم تکن واردة فان بیع المالك ماله من شخص آخر و کذا ایجار له صحیح فی نفسه فیمکن أن یکون ذلك شرطا فی البیع أیضا و لکن ینقض ذلك بما اذا اشترط الایجار لنفسه فان الظاهر أن العلامة لم یمنع فی ذلك کما هو المتعارف

كثيرا ، أو يشترط كون السكنى له الى سنة و يشترط ان يرهن عنده و دعوى المصنف أن النقض بالرهن غير وارد لأنه من توابع البيع و مصالحه فيجوز اشتراطها نظير نقد الثمن أو عدم تأخيره عن وقت دعوى لا نفهمها ، اذ الاشكال ليس من ناحية جعل مال الغير وثيقة فانه كثير ، فانه ربما يستعير مال شخص آخر و يجعله وثيقة عند شخص و يأخذ منه الدراهم ، بل الاشكال من ناحية أن مال شخص لا يمكن أن يجعل عنده رهنا و أنه اذ لا يعقل أن يجعل مقدار من مال شخص ثم يجعل رهنا عنده ، فحيث كان هذا غير معقول ، فلابدّ و ان لا يكون اشتراط ممكنا فى البيع أيضا على توجيه المصنف لكلام العلامة و اوضح من النقضين المذكورين أن يبيع أحد ماله و اشترط أن يقفه عليه مع أن وقف الانسان ماله لنفسه غير معقول و الظاهر أن العلامة لم يلتزم بعدم الجواز فى شيء مما ذكر ، فالأمر يدور بين أن يلتزم بعدم صحة الشرط فى الموارد المذكورة أيضا و هو بعيد أو لا يلتزم بعدم الصحة فى اشتراط أن يبيع المشترى المبيع من البايع ثانيا فحيث لا يمكن الالتزام بالأول فلابدّ من عدم الالتزام بذلك فى الثانى أيضا .

و أما أن الشرط غير مقدور قبل البيع فكيف يمكن اشتراطه فيه ، فواضح الاندفاع لأنه لا يعتبر فى الشروط أن يكون مقدورا قبل العقد ، بل يكفى فى مقدوريته كونه مقدورا بالعقد أيضا كما فى المقام ، و تقدم نظيره سابقا فى حصول جواز التصرف بنفس البيع كما هو واضح .

و أعجب من كلام العلامة ما استدل به الشهيد على بطلان البيع الأول أن البايع لا قصد له على البيع ، و الاّ لم يشترط بيعه من البايع ثانيا ، و وجه العجب أن البايع قد قصد النقل الى المشترى و دعوى أنه لم يقصد مكابرة و أن ابيت عن ذلك فنفرض الكلام فيما اذا صرّح البايع بذلك القصد غاية الأمر أنه مع هذا القصد قد اشترطا بيعه ثانيا من البايع الأول و تعلق القصد به

أيضا على أنه لو كان اشتراط البيع من البايع الأول ثانيا مضرا لكان قصد المتبايعين النقل الى البايع الاول ، من دون اشتراطها اياه لفظا أيضا ، مضرا و موجبا لعدم القصد الى البايع الاول . بل قد يقصد رجوع المبيع الى البايع كما فى البيع بشرط ردّ الثمن ، فان غرض البايع تسهيل أمره مع حفظ متاعه بذلك البيع فيبيعه كذلك و يجعل لنفسه الخيار الى مدة بحيث اذا اتاه الثمن أخذ المتاع .

و على الجملة فلا نرى بأسا بما اذا باع أحد ماله و اشترط فى ضمن البيع أن يبيعه المشترى منه ثانيا لا من حيث الالتزام ليكون تعليقا و لا من حيث الملتزم به ، بان يوجب الدور ، بل قد يشترط رجوع البايع الى المبيع اذا أتى بالثمن فضلا عن البيع له ثانيا كما عرفت .

و الحاصل أن الكلام فى صحة البيع و اشتراط أن يبيع المشترى المبيع ثانيا من البايع . و قد تقدم أن المانع ذلك هو الدور الذى ذكره العلامة و قد عرفت جوابه و أنه ليس هنا دور ، بل المقام كبقية اشتراط من غير فرق بينها فاذا لزم الدور من الاشتراط فيلزم فى جميعها و الاّ فلا فحيث لم نر محذورا فى بقية الشروط من حيث الالتزام و لا من حيث الملتزم به لكونه أمرا مقدورا و كانت مقدوريته بنفس العقد فلا محذور فى صحة ذلك البيع الذى وقع فيه هذا الشرط ، بل قد عرفت أن البيع المشروط بردّ الثمن من البديهيات صحته مع أن اشكال الدور لو تم لجرى فيه أيضا بتوهم أن البيع متوقف على صحة الشرط و صحة الشرط متوقف على صحة البيع و كيف كان فاصل صحة البيع الأول غير متوقفة على شىء . بل هو يفيد الملكية سواء عمال المشروط عليه بالشرط أم لا غاية الأمر أنه مع التخلف و عدم العمل بالشرط تثبت الخيار للمشروط له و هذا جار فى جميع الشروط كما هو واضح .

و أما ما ذكره الشهيد (ره) من أنه لا قصد للبايع الى البيع مع هذا

الشرط فقد عرفت جوابه و أنه قصد النقل بهذا البيع و اشتراط هذا الشرط لا ينافيه أي لا ينافي قصده هذا كما هو واضح ·

ثم انه قد استدل صاحب الحدائق و بعض آخر على فساد البيع الذي وقع فيه هذا الشرط برواية الحسين بن المنذر الدالة على فساد البيع بهذا الشرط و برواية علي بن جعفر المروية في قرب الاسناد ،ولكن الظاهر من الرواية كما ذكره المصنف هو بطلان البيع الثاني و يدلنا على ذلك اختلاف أهل المسجد فيه ،و حكمهم بأنه لا يجوز البيع في مكانه ،بل بعد أشهر فان هذا في البيع الثاني دون الأول و الامام عليه السلام أيضا حكم بجواز البيع الثاني ان كان البيع الأول متحققا بحيث كان المشتري بعده له أن يبيع و له أن لا يبيع ومن البديهي أن مورد البحث كان هو البيع الأول كما هو ظاهر كلام المشهور، بل صريح كلام بعضهم و اذن فالروايتين أجنبيتان عن مورد المسألة و تدلان على بطلان البيع الثاني ·

و لكن الذي يسهل الخطب أنهما ضعيفتان السند اما الاولى فلحسين ابن المنذر و أما الثاني فلعبد الله ابن الحسن فلا تصلحان للمانعية عن صحة البيع الثاني أيضا ،وعليه فمقتضى القاعدة المتصيدة من العمومات الدالة على صحة المعاملات هو صحة البيع الثاني أيضا كما هو واضح ·

القول في القبض

قوله : و هو لغة الأخذ مطلقا ، الخ ·

أقول : اختلفت الأقوال في معنى القبض على ما ذكره المصنف في المتن و لكن الظاهر أن القبض بمعنى واحد فيكون بهذا العنوان شاملا لجميع الموارد و هو ما يكون به ضمان الغاصب و هذا المعنى الواحد عبارة

عن الاستعلاء على المال بحيث يكون اختياره تحت يده أو يد من يؤول اليه أمر المالك و هذا المعنى هو الذی يحكم به العرف و يوافقه اللغة العربية، بل كلّ لغة و ليس له حقيقة شرعية أومتشرعية حتى تكون متبعة وعلى هذا المعنى فيختلف القبض بحسب اختلاف الموارد فانه فی مثل الدار عبارة عن التخلية بين المالك و بينها فان استيعلاء المالك يحصل بذلك و فی مثل الجواهر هو القبض بالكف و فی مثل الحيوان هو الأخذ باللجام أو السوق أو نحوهما و كيف كان فالقبض له معنى عرفی واضح ليس فيه اختلاف أصلا و انما الاختلاف فی مصاديقه و أفراده كما هو واضح ٠

نعم ربما يعبر عما قبضه بالتخلية بالاقباض مسامحة و لا يلزم من ذلك أن يكون المراد منه هو القبض بالكف كما يقال فی تسليم الثمن أوالمثمن الى كل من المتبايعين بالاقباض و يقال : انه يجب الاقباض و لكن هذا تعبير مسامحی و المراد هو اقباضه بما يناسبه و اختلاف الحكم فی تحقق القبض هنا من ناحية الاستناد الى رواية عقبة الدالة على تحققه بمطلق التخلية بقرينة الاخراج من البيت أو النبوی كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه الظاهر فی تحقق الفعل من المشتری لا يرتبط بحقيقة القبض و يمكن أن الغرض من الروايتين واحدا ٠

و كذلك وقع الكلام فی أن أقباض الغاصب مال المغصوب بأی شیء يحصل بمعنى أنه بماذا تفرغ ذمته و هذا أيضا ليس مربوطا بحقيقة القبض و ما هيته فان القباض كل شیء بحسبه كما عرفت و بحسب اختلاف المغصوب يختلف الحكم بفراغ ذمته أيضا و لعل هذا هو المقصود من النبوی على اليد ما أخذت حتى تؤدی نعم اذا كان المراد من الأداء ،الاداء الخارجی فيعتبر فراغ من ذمة الغاصب الاداء لا مجرّد التخلية بين المال و صاحبه و لكن فی المنقولات لا فی غيرها و أيضا وقع الكلام فی أنه اذا باع أحد ما

اشتراه من المكيل و الموزون هل يكفى الوزن أو الكيل الأول فى البيع الثانى أم لا ، بل لا بدّ من الوزن و الكيل ثانيا مع كون الكلام فى أن هذا الوزن أو الكيل ثانيا أقباض أم لا ، و هذا أيضا غير مربوط باختلاف حقيقة القبض بل هو حكم آخر قد تقدم الكلام فيه عند البحث فى الشرائط البيع و أنه يكفى الوزن فى البيع الأول عن الوزن فى البيع الثانى أولا و أما أنه اذا أوجبنا الوزن فى الثانى فهل أنه قبض أو يحتاج الى قبض آخر فسيأتى الكلام فيه وعلى الجملة فشيء من الأحكام المزبورة لا يرتبط بالقبض كما هو واضح .

قوله : القول فى وجوب القبض .

أقول : لا شبهة فى وجوب الاقباض لكل من المتبايعين فانه بعد تحقق البيع يكون الثمن مال للبايع و يكون المثمن مالا للمشترى فيحرم امساكه لكل منهما لأنه تصرف فى مال الغير و امساكه اياه بغير اذنه فهو حرام و انما الكلام فى أنه يجب ذلك على الاطلاق سواء سلم الآخر العوض أم لا ؟ كما ذهب اليه الاردبيلى أو يجب على البايع فقط دون المشترى كماذهب الي بعضهم أو يجب على كل منهما مشروطا كما ذهب اليه المصنف .وأماماذهب اليه الاردبيلى ففيه ما ذكره المصنف من أن تسليم كل من البايع و المشترى العوض للآخر مشروط بتسليم الآخر العوض اياه بحسب بناء العقلاء و اذا امتنع أحدهما من التسليم فللآخر أيضا أن يمتنع من ذلك و عليه فلا وجه للقول بالوجوب على وجه الاطلاق كما هو واضح .

و أما توهم أنه واجب على البايع مطلقا دون المشترى فانه يجب عليه التسليم مشروطا بدعوى أن الأصل فى البيع هو المعوّض و الثمن عوض عنه فيجب ابتداء تسليم المعوّض سواء سلّم المشترى العوض أم لا ، و لكنه واضح البطلان فان كون الثمن عوضا فى مقام الانشاء لا يقتض عدم وجوب التسليم مطلقا مثل المثمن ، بل بعد تمامية البيع يصير كل منهما مالا للآخر فاذا اوجب

على البايع التسليم بأى كيفية وجب على المشترى التسليم على هذا النحو أيضا و حيث قلنا انه واجب على كل منهما مشروطا بحسب بناء العقلاء فيكون هذا التوهم فاسادا من أصله .

ثم انه ذكر المصنف انه يجبر الحاكم الممتنع عن التسليم بالتسليم أو غير الحاكم من باب النهى عن المنكر فان منع مال الغير عنه منكر فينهى عنه و لكنه واضح الدفع بداهة أنه بعد ما كان وجوب التسليم وجوبا مشروطا فلا يكون عدم تسليم كل منهما مع منع الآخر عن التسليم منكرا حتى يجب ذلك من باب النهى عن المنكر ، نعم اذا لم يمتنع أحدهما عن التسليم و لكن امتنع الآخر عنه فلا باس لكلام المصنف هنا من اجبار الممتنع من باب النهى عن المنكر .

ثم انه اذا كان كل منهما حاضرا للتسليم و وافقا لتسليم الآخر و لكن لا يبادره الاّ أن يبادر الآخر بالتسليم لغرض فى ذلك فهل تجرى الوجوه المتقدمة هنا أيضا أم لا ؟ الظاهر أن هذه مسألة أخرى غير المسألة المتقدمة و الظاهر أن ما ذكره الاردبيلى متين هنا بداهة أنه لم يثبت بناء من العقلاء فى المعاملات على وجوب التسليم فورا لعدم تعلق الغرض العقلاء بذلك حتى يجيء ذلك تحت الشرط الضمنى ، بل بناؤهم انما يثبت على اشتراط أصل تسليم كل من العوض و المعوّض لتسليم الآخر و عليه فيكون المبادرة لكل منهما واجبة كما هو واضح ، و دعوى أن المبادرة واجبة على البايع لقبح أن يطلب تبادر من المشترى بتسلم الثمن بخلاف العكس دعوى فاسد ، بل الوجوب من كلا الطرفين .

ثم انه اذا كان البيع من ناحية مؤجلا اما الثمن كما فى بيع النسيئة أو المثمن كما فى بيع السلم و لم يسلم البايع الى أن حلّ الأجل فهل يجب على المشترى التسليم بعد حلول الأجل أم لا ؟ و هل يجب على البايع ذلك أم لا ؟

أما المشترى فقد ظهر حكمه من المسألة السابقة حيث ان الشرط الضمنى بحسب بناء العقلاء انما هو على وجوب التسلم مشروطًا و قد أخرج المشترى مقدارا من الزمان عن تحت هذا الاشتراط بالتصريح أى يشرط عدمه على خلاف بناء العقلاء فبقى الباقى تحت الشرط الضمنى و أما البايع فقد يقال انه يجب عليه التسليم سواء سلم المشترى أم امتنع عن ذلك فانه أى غيرمؤجل قد التزم بالتسليم بحسب الشرط الضمنى و ان لم يسلم الآخر من ناحيةمؤجل و لكنه أيضا واضح الدفع فانه انما التزم بالتأجيل برهة من الزمان لا مطلقا فاذا خرج هذا الزمان الخاص فيكون حاله حال المشترى و حال كلاهما ما ذكرناه فى المسألة السابقة من كون تسليم كل منهما مشروطا بتسليم الاخر، كما لا يخفى ،فافهم . فتحصل أن الاقباض انما يجب لكل من البايع والمشترى على تقدير تسليم الآخر و الاّ فلا ، حتى فى البيع المؤجل بعد خروج الأجل كما هو واضح .

ثم انه لوقبض المشترى الثمن بدون اذن من البايع فيما لو كان المبيع من الأعيان الشخصية فهل يحسب هذا قبضا أم لا ، فنقول : تارة تكون المعاملة مما يتوقف الملكية فيها على القبض كما فى بيع الصرف و السلم ، و أخرى لا يتوقف على ذلك ،و لكن كان البقاء المبيع للبايع عنده عن حق فعلى الأول فلا شبهة أن ما أخذه المشترى هو مال الغير فلا يحصل الملكية بقبضه بل لا بدّ له أن يرده الى صاحبه ،فان المفروض أن المعاملة ليست بوحدتها سببا وحيدا لحصول الملكية و انما هى مع اقباض البايع دخيل فى ذلك فاذا انتفى الاقباض انتفى الملكية الاّ أن يرضى البايع ببقائه عند المشترى فهو و ان لم يكن عن قبض حدوثا و لكنه يكون قبضا بقاء .

وعلى الجملة فمع عدم رضاء البايع بما أخذه المشترى و قبضه لا بدّ له أن يرده الى البايع كما هو واضح .

و أما اذا لم تتوقف الملكية على القبض ، بل كان للبايع حق الابقاء المبيع عنده فقط فالظاهر أنه لا شبهة فى جواز التصرف فى المبيع للمشترى لأنه لم يتصرف الاّ فى ماله غاية الأمر أن القبض لم يكن عن حق ٠

و توهم أن التصرف فى متعلق حق الغير كالتصرف فى ماله فلا يجوز و هو توهم باطل ، فانه بعد كون متعلق حق الغير مالا للمتصرف فلا معنى لحرمة التصرف فيه ، نعم لا يترتب على المبيع الأحكام المترتبة على القبض كبيعه من شخص آخر ، فانه قبل قبض المبيع عن البايع اما حرام أو مكروه فلا يرتفع ذلك الاّ بالقبض من البايع كما هو واضح ٠

ثم انه اذا حصل القبض من جانب و امتنع الآخر من التسليم فهل يجوز للمتنع أن يتصرف فيه أو لا يجوز ، الظاهر أنه لا مانع من التصرف فيه لأنه ماله غاية الأمر اذا لم يسلم العوض الى حدّ كان للآخر خيار تخلف الشرط الضمنى فاذا فسخ العقد يسترجع المبيع من المشترى ٠

قوله : مسئلة : يجب على البايع تفريغ المبيع من أمواله مطلقا ٠

أقول : هذه المسألة غير المسألة السابقة أعنى وجوب تسلم العوض على كل من البايع و المشترى ، نعم وجوب كل منهما بالشرط الضمنى بحسب بناء العقلاء فانه كما أن العقلاء يحكمون بوجوب التسليم على كل منهما و كذلك يحكمون بوجوب التسليم مفرغا بمعنى أنه يجب على البايع مثلا أن يسلم العوض للمشترى مفرغا عن ماله و غير مشغول به ، و ليس هذا عين المسألة السابقة ، فانه يمكن انفكاك احديهما عن الآخر اذ يمكن أن يحصل التسليم و مع ذلك يكون المسلم به مشغولة بمال المسلّم كما اذا باع زيد دارا و سلمها الى المشترى و لكن كانت مشغولة بمال البايع بحيث لا يمكن افراغه عادة الى شهر أو شهرين مثلا ، أى لا يمكن افراغها فى مدة يتسامح فيها عرفا كيوم أو نصف يوم ، بل لا بدّ و أن تبقى مشغولة فى مدة معتد بها كشهر أو شهرين وح

يثبت للمشتري خيار الفسخ كما يثبت ذلك مع عدم أصل التسليم على ما تقدم.

ثم انه ذكر المصنف أنه اذا لم يفرغ البايع المبيع الى مدة يتضرر فيها المشتري ثبت له خيار الفسخ، والظاهر أنه لا وجه لهذا التقييد بداهة أن الخيار لم يثبت بدليل نفى الضرر حتى يكون مقيدا بعدم الضرر، بل انما هو من جهة التخلف بالشرط الضمني وعليه فيثبت له الخيار بمجرّد طول المدة وان لم يتضرر المشتري، بل كان عدم الفراغ على نفعه كما اذا كان في مسافرة فلو حصل الفراغ لم يكن أحد حافظا للمبيع وهذا واضح لا شبهة فيه ويجب على البايع ح أن يعطى الأجرة فى المدة التى اشغلها على تقدير عدم فسخ المشتري وعدم رضاه بالبقاء مجانا كما هو واضح، ولا يفرق فى ذلك بين أن يكون عدم الافراغ عن قصور أو عن تقصير فما ذكره المصنف من الجزم بالخيار فى الثاني دون الأول لا وجه له فان التصرف فى مال الغير لا يجوز على كل تقدير ومعه يكون ضامناله سواء فوت عينه أو منفعته كما هو واضح، ففى المقام حيث فوت منفعة مال الغير فيكون عليه ضمانها .

ثم ان هذه الفروع فى فرض جهل المشتري بالواقع والاّ فمع علمه يكون المبيع مشغولة ومع ذلك اقدم على الشراء مع علمه بانه لا يحصل الفراغ الى شهر لا يكون له الخيار الاّ مع تسامح البايع بأزيد من ذلك، وقد يقال انه اذا كان المشتري غافلا عن كون المبيع مشغولا وأقدم على الشراء ثم انكشف أنه كان مشغولا فانه لا يكون له الأجرة فى ذلك لأنه مثل أن تكون العين مستأجرة فكما ليس للمشتري مطالبة الأجرة على ذلك فى مدة الاجارة وكذلك ليس له الأجرة مع انكشاف كون المبيع مشغولا بمال البايع، نعم يثبت له الخيار فقط من ناحية تخلف الشرط ولكنه واضح الفساد بداهة أن مقتض كون العين وجميع منافعها مملوكة للمشتري بالبيع، فلابد للبايع أن يخرج من عدة ماله مع اتلاف شئ منها، ولوكان هى المنفعة ولا يقاس ذلك بكون العين مستأجرة

فان المنفعة لم تكن داخلة فى ملك المشترى حتى يكون ضمان تفويتها على البايع، بل كانت حين البيع مملوكة لشخص آخر و هذا بخلاف المقام ، فان المنفعة هنا كأصل العين صارت مملوكة للمشترى بواسطة البيع فتفويتها يوجب الضمان كما لا يخفى .

وعلى الجملة فاذا كانت العين مشغولة بمال البايع مثلا مدة معتدة بها لا بما يتسامح عرفا كان للمشترى خيار تخلف الشرط وعلى تقدير عدم الفسخ يستحق الأجرة فى مدة عدم الفراغ كما هو واضح .

ثم انه لو اشترى أحد أرضا وعلم كونها مشغولة بالزرع و الاشجار فلا شىء على البايع كما فى الفرع الاول .

و ان لم يعلم بذلك فهل يكون المشترى مخيرا بين قلعها و ابقائها ، أو يتخير البايع فى ذلك ، و قد يقال ان قلع الاشجار أو الزرع ضرر على البايع فيكون مرفوعا بدليل نفى الضرر و يكون هو مخيرا بين القلع و الابقاء ولكن يرد عليه أن دليل نفى الضرر لا يشمل المقام فانه معارض بكون البقاء ضررا على المشترى فلا يشمل دليل نفى الضرر لمورد يكون فيه ضرر الغير لكونه فى مقام الامتنان .

و دعوى أن ضرر المشترى متدارك بالخيار دون البايع دعوى فاسدة ، لأنا ذكرنا مرارا أن دليل نفى الضرر انما يرفع الضرر الحكم الضررى الذى يتوجه الضرر منه الى الشخص و لا نظر فيه الى كون الضرر متداركا بحكم آخر والاّ فيمكن أن يتدارك ضرر البايع من بيت المال بأن يلتزم بحديث نفى الضرر بوجوب اعطاء ضرر البايع من بيت المال .

وعلى الجملة أن حديث نفى الضرر وارد فى مورد نفى الضرر الناشى من قبل الحكم الشرعى من غير ملاحظة أنه يتدارك بشىء آخر أم لا ؟ فلا نظر له بوجه الى تداركه بشىء أصلا فالاختيار فى القلع و الابقاء للمشترى لأنه

مسلط على ماله، فليس لأحد أن يزاحمه في تصرفاته السائغة بأي نحو من انحاء المنع.

ثم انه لو رضي المشتري ببقاء الزرع والاشجار في الأرض فهل يستحق الاجرة بذلك أم لا؟ الظاهر هو الاستحقاق لأنه مالك لمنفعة الأرض فتفويتها موجب للضمان و لا يصح قياس المقام ببيع الدار و انكشاف كونها مستأجرة فان المنفعة هناك مملوكة لشخص آخر بخلاف المقام كما عرفت.

ثم انه اذا قلع البايع زرعه و أشجاره فلابدّ له أن يطم مواضعها ويصلح الارض لأنه نشأ من قبله فلابدّ له اصلاحه، و لكن هنا نزاع في أن مثل هذه النواقص التي أوردها شخص على مال غيره هل هي من قبيل القيميات أو المثليات و من هذا القبيل كسر زجاجة الغير و نحو ذلك، الظاهر أنه يختلف ذلك باختلاف الموارد فلا يبعد أن يكون الزجاجة من قبيل المثليات لأنه يمكن عرفا اعادة مثل الأول فلو كسر أحد زجاجة شباك أحد فعليه أن يعيد مثله، و في مثل تخريب القبة و نحوها يحكم بوجوب القيمة ظاهرا، فان الظاهر أنها من القيميات لأنه لا يمكن عادة اعادة مثل القبة الاولى لاختلافها اختلافا فاحشا من حيث الجدد و العتاقة و جودة المواد و الأساس ، و ردائتها وغير ذلك من الجهات الموجبة للاختلاف كما هو واضح فافهم.

قوله: لو امتنع البايع من التسلم.

أقول: يقع الكلام هنا في مقامين: الاول أن يكون امتناع البايع من التسليم لحق و هذا على نحوين:—

الأول: أن يكون البحث في ذلك من حيث استحقاق المشترى الأجرة و الثاني من حيث الاثار الوضعية.

أما الأول: فقد يقال بأن المشترى يستحق الأجرة للمبيع لأن البايع انما فوّت عليه منافع العين و هي مملوكة للمشترى فيكون ضامنا لها فلابدّ و

أن يعطى الأجرة له و لكنه واضح البطلان بداهة أنه بعد كون الامتناع عن حق فلا يكون ضامنا للأجرة أيضا و يكون اشتراط عدم التسليم وسيلة لتقييد بناء العقلاء على الضمان كما هو واضح ·

و أما الاثار الوضعية فهو أن نفقة المبيع هل هى على البايع فى ضمن الحفظ أو على المشترى فذكر فى جامع المقاصد أنها فى المقام كنفقة الزوجة على الزوج فكما أن امتناع الزوجة عن الزوج لا تكون موجبة لسقوط نفقتها وهكذا فى المقام ثم احتمل العدم و الظاهر هو الأول و لكن ثبوت النفقة على المالك هنا بملاك المالكية فان نفقة المال على مالكه و فى الزوجية بملاك الزوجية ولم يرد للأول تخصيص الاّ اذا كان الأخذ غاصبا و فى الثانى قد خرج عنه النفقة حال النشوز فانه ليست نفقة الزوجة على الزوج ح و لكن فى غير حال النشوز لم يرد تخصيص كما هو واضح ·

و أما المقام الثانى وهو أن يكون عدم التسليم لحق فلا شبهة هنا فى ثبوت الأجرة على البايع فى زمان عدم التسليم كأن باع دارا من زيد و سلّم زيد الثمن و البايع لم يسلّم المبيع، فانه يثبت له الأجرة فى هذا الزمان على البايع·

و أما الحكم الوضعى فأيضا لا شبهة فى ترتبه عليه ككون النفقة على البايع فان الغاصب ملزم بحفظ مال المالك و رده اليه فكل ما يصرف فى طريق الحفظ فيكون عليه ،و قد ذكر ذلك فى صحيحة أبى ولاد المتقدمة فى باب الضمان بالمثل أو القيمة وهو موافق للقواعد أيضا ، لأنك عرفت أن حفظ مال المغصوب على الغاصب ما دام تحت يده بمقتضى دليل اليد وما ذكرها المصنف فى المتين من أن مقتضى القاعدة ان نفقته على المشترى اما زائدا أصلا أو سقطت عنه كلمة ليست أى ان مقتضى القاعدة أن نفقته ليست على المشترى و الاّ فنفى المصنف ،قد ذكر ذلك فى باب الضمان بالمثل و حكم هناك بان

النفقة على الغاصب و ليست للمقام خصوصية تقتضى كون النفقة على المشترى كما هو واضح ، هذا كله فى فرض أن لا يكون البايع شاغلا للمبيع والاّ فثبوت الأجرة عليه بلا شك وريب كما هو واضح ·

قوله : مسئلة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله الى القباض ·

أقول : ذكر الفقهاء أن من أحكام القبض اللاحق عليه أن يكون الضمان مع التلف على البايع بل لا خلاف فى ذلك بينهم و الكلام فى مدرك ذلك ، وقد استدل عليه بالنبوى المشهور التلف قبل القبض من البايع و فيه أن هذه الرواية نبوية غير منقولة من طرقنا فلا تكون حجة و على تقدير استناد المشهور بها قلنا ان الشهرة لا توجب انجبار ضعف الرواية · و قد استدل أيضا برواية عقبة بن خالد الدالة على كون الضمان على البايع حتى يخرج المال من بيته ، و يقبضه من المشترى ، و لكن هذه الرواية أيضا ضعيفة السند و غير منجبرة بعمل المشهور صغرى و كبرى و قد يستدل على ذلك بالاجماع ولكنه أيضا ليس بحجة لأن مدركه هو القطع بقول الامام عليه السلام و منشأه اما دخوله بالمجمعين و هو غير معلوم أو قاعدة اللطف و هى غير تامة أو الحدث القطعى و هو أيضا غير معلوم اذ لا نعلم ان الحكم الذى وصل الينا يدا بيد أنه بامضاء الامام عليه السلام و رضائه بذلك و لعل القائلين بذلك استندوا بعضهم بالنبوى كما فى كتب الاستدلالية و بعضهم برواية عقبة بن خالد و بعضهم بالشهرة و بمجرّد أنه رأى المسألة مشهورة بين الاصحاب ذهب اليه تبعا لهم فيكون الاجماع أيضا ساقطا فى المقام و العمدة هو التمسك بالسيرة التى نسميها بالدليل الرابع نوعا لا من جهة كونها فى المقام دليلا رابعا ، بل من جهة الاصطلاح كالدليل الانسدادى المسمى بالدليل الرابع·

و توضيح ذلك أن الدائر بين الناس بل ما يجرى عليه بنائهم أن التسليم

و التسالم فی المعاملات من مکملات الملکیة بحیث أن العرف یری اجمالا عدم حصول الملکیة قبل التسلیم و التسالم و لذا یعبرعن ذلك فی الفارسیة بلفظ ((داد وستد)) و نعم التعبیر هو و علی هذا فاذا تلف المبیع قبل التسلیم و التسلم یکون التلف من البایع فان ملکیة المشتری لم تتم بعد علی العین و ان کان مملوکا له فی الجملة ·

و بعبارة أخری ان البیع یفید الملکیة و التسلم لیس شرطا فیه و لکن السیرة قائمة علی کون التسلیم من مکملات البیع بمعنی أنه ینحل بدون التسلیم فیکون شأن السیرة شأن النبوی الدال علی أن التلف قبل القبض من مال بایعه لا أن الملکیة ناقصة بدون التسلیم ·

و بعبارة ثالثة أن الملکیة مقیدة بالانفساخ الحاصل بالتلف فیکون کتقیید الملکیة بالفسخ فی مورد الخیار و لا نقول أن التسلیم و التسلم من شرائط حصول الملکیة ، بل نقول أن السیرة قائمة علی أن المشتری لا یلزم بدفع الثمن قبل دفع البایع المثمن الیه ، بل یقول ما اعطیت لی شیئا حتی اعطیك الثمن و الاّ فالملکیة حاصلة حتی لو لم تکن هذه السیرة لکان التلف من المشتری لأنه ماله و هذا ثمرة واضحة فانه بناء علی کون المدرك هو السیرة فلا یفرق فی کون التلف قبل القبض علی المالك الأول بین أن یکون التالف هو الثمن أو المثمن فان السیرة موجودة فیهما و أما بناء علی کون المدرك هو الروایة أو الاجماع فینحصر الحکم بالمبیع أما الروایة فلان المذکور فیها هو المبیع فلا یتعدی الی الثمن ، بل یقتصر فیما خالف الأصل علی موضع النص و أما الاجماع فلان المتیقن منه هو ذلك و أیضا تظهر الثمرة فیما اذا خلی البایع بین المشتری و المبیع و لم یأخذه المشتری حتی تلف فانه بناء علی کون المدرك هو السیرة یکون الضمان علی المشتری لأن المتیقن منها هو صورة کون المال تحت ید البایع و قد رفع الید عنه و ان لم یحصل القبض لما ذکرنا سابقا

أن القبض عبارة عن الاستيعلاء الذى يحصل به الغصب و لا شبهة أن مجرّد التخلية لا يحقق القبض كما لا يخفى. و هذا بخلاف ما اذا كان المدرك هو الرواية فان المذكور فيها هو القبض و هو لا يتحقق بالتخلية كما عرفت.

و أيضا تظهر الثمرة فيما اذا قبض المشترى قهرا على البايع بحيث لم يصدق القبض و لم يتحقق فيكون التلف أيضا على المشترى بناء على كون المدرك هو السيرة لأن المتيقن منها هو كون التلف تحت يد البايع ولم يتلف المال هنا تحت يده و هذا بخلاف ما اذا كان الدليل هو الرواية فان الظاهر منها أن يكون التلف على البايع ما لم يتحقق القبض و المفروض أنه لم يتحقق هنا كما لا يخفى، فافهم.

و هذا كله اذا كان التلف سماويا و أما اذا كان ذلك بفعل متلف فهل يكون ذلك أيضا من البايع و يحسب عليه أو من المشترى أو من المتلف فنقول ان المتلف قد يكون هو المشترى نفسه و قد يكون هو البايع و قد يكون هو الأجنبى أما اذا كان المتلف هو المشترى نفسه فالظاهر أنه لا خلاف فى ثبوت الضمان على المشترى فلا يحكم بانفساخ العقد ليكون التالف على البايع و ذلك من جهة أن المشترى قد أتلف مال نفسه فيكون ضمانه عليه على ما تقتضيه القاعدة والنبوى و هكذا رواية عقبة منصرفات عن هذه الصورة قطعا و الاجماع دليل لبّى لا يشمل المقام و السيرة قائمة على ضمان المشترى فضلا عن قيامها على ضمان البايع و لا يفرق فى ذلك بين علم المشترى بكون المبيع ماله و بين جهله بالحال فان العلم و الجهل فى باب الضمانات غير مؤثر فى الفرق.

نعم يفرق بين العلم و الجهل اذا كان المشترى مقدما على الاتلاف بتغرير البايع بأن أقدم البايع الطعام المشترى على المشترى فأكله المشترى

فیکون المتلف هنا هو البایع بقاعدة الغرور فان المتلف هو الغار الذی هو البایع و المشتری لم یقدم علی اتلاف ماله ، بل أقدم علی اتلاف مال البایع مجانا هذا فی غایة الوضوح مع علم البایع بالحال ٠

و أما مع جهله بالحال ، فقد احتمل المصنف فیه وجهان و لکن الظاهر أن لا یفرق بین علم البایع بالحال و جهله بها فانه علی کل تقدیر لم یقدم المشتری علی اتلاف ماله ، بل علی اتلاف مال البایع مجانا و أن السبب فی ذلک هو تقدیم البایع ذلك الیه و علی هذا فیکون ذلك من صغریات اتلاف البایع و سیأتی حکمه انشاء الله تعالی ٠

وعلی الجملة فلا وجه لضمان المشتری مع کون البایع غارا لهفی الاتلاف کما هو کك ، فی غیر المقام أیضا کما اذا أودع أحد ودیعة عند شخص فقدم الودعی الأمانة علی المستودع فاتلفه المستودع فانه و ان أتلف فی الواقع مال نفسه ، و لکن ذلك باغراء الودعی فیکون الودعی ضامنا و هکذا و هکذا ٠

و أما لوکان المتلف هو البایع الذی من مصادیق اتلافه ما تقدم من کونه غارا للمشتری للاقدام بالاتلاف ، فهل یکون یحکم بانفساخ العقد کما عن المبسوط و الشرایع و التحریر لعموم ان التلف قبل القبض من مال البایع بذلك أو یحکم بضمان البایع للقیمة لخروج المورد عن منصرف دلیل الانفساخ فیدخل تحت قاعدة من اتلف مال الغیر فهو له ضامن ، أو تکون المشتری مخیرا بین مطالبة القیمة و مطالبة الثمن اما لتحقق سبب الانفساخ وهو من جهة التلف قبل القبض المقتضی للانفساخ و سبب الضمان المقتضی للضمان فیتخیر المشتری فی اختیار أی منها أو یقال بالتخییر بوجه آخر ، بان یقال ان التلف علی هذا الوجه اذا خرج عن منصرف دلیل الانفساخ فیکون ذلك داخلا تحت حکم تعذر تسلیم المبیع فیکون المشتری مخیرا بین أخذ عوض المبیع من المثل أو القیمة و بین أن یفسخ العقد و یرجع الی عین الثمن الذی اعطاه

للبايع و هذا ملخّص ما ذكره المصنف وكل ذلك محتمل الاّ التخيير على الوجه الأول بأن يكون المشترى مخيرا بين الانفساخ و الأخذ بقيمة المبيع، بل هو غير معقول بداهة أن انفساخ العقد أمر عارض لطبع العقد من بعض العوارض فلايكون هو مربوطا باختيار أحد المتبايعين و معه فكيف يعقل كون المشترى مخيرا بين الانفساخ و أخذ قيمة المبيع.

و بعبارة أخرى أنه مع انفساخ العقد لا يبقى مجال لاختيار المشترى كما هو واضح ،بل يتعين ذلك ، نعم القول بتخير المشترى على النحو الثاني الذى ذكره المصنف ثانيا، و قواه متين فان المال التالف مال للمشترى فله أن يرجع الى البايع لكونه متلفا و من أتلف مال الغير فهو له ضامن و له أن يفسخ العقد لأنه ثبت له خيار تخلف الشرط الثابت بحسب بناء العقلاء ضمنا و هو تحقق التسليم و التسلم و من الواضح أنه لو يتحقق التسليم من البايع بتعذر فيكون للمشترى خيار تعذر التسليم .

ثم انه على القول بثبوت الخيار للمشترى و اختياره أن يأخذ قيمة المبيع أو مع القول بثبوت الضمان من الأول لقاعدة الضمان بالاتلاف و عدم شمول قاعدة التلف قبل القبض له لانصرافه عن ذلك فرجع الى البايع فهل للبايع أن يمتنع عن الأداء قبل أخذ الثمن أو لا بدّ له من الأداء فذكر المصنف وجهين من أنها بدل عن العين و من أن دليل الحبس وهو الانفهام يختص بالبدل ثم ذكر أن أقواهما العدم ،و لكن الظاهر أنه لا شبهة فى جواز حبس البدل ما لم يرد اليه الثمن فان مقتضى قانون الضمان بالبدل هو ذلك بداهة أن دليل الضمان يقتضى الضمان بالعين ابتداء و مع عدم التمكن من أداء العين فيقتضى الضمان بالمثل ثم الضمان بالقيمة وعليه فيثبت للبدل كلما ثبت للأصل لا أنه يحكم فى البدل بوجوب الدفع فورا ،بل السيرة أيضا تقتضى ذلك الحكم فانها قائمة على أنه ليس للمشترى قبل أن يعطى الثمن

أن يطالب المثمن من البايع، بل يضحك عليه لو فعل ذلك ·

و أما لو كان المتلف هو الأجنبى فيكون المشترى مخيرا بين أن يرجع الى البايع أو الى المتلف، كما فى تعاقب الايدى فى الغصب ، أما الى البايع فلأنه لم يقبض ماله بعد و أما الى المتلف فلا أنه اتلف ماله ، و أما التخير بين الانفساخ و الرجوع الى القيمة فقد تقدم أنه غير معقول كما هو واضح ·

و قد اتضح لك مما ذكرناه من جعل الدليل على كون ضمان التالف على من تلف العوض عنده أنه لا يفرق فى ذلك بين الثمن و المثمن و لا بين البيع و بقية المعاملات المعاوضية و ان ذكر المصنف انى لم أجد مصرحا بذلك فان السيرة جارية فى كلها فان الغرض من المعاوضة هو الأخذ و الاعطاء الذى يعبر عنه بالفارسية (بدادوستد) و يقال فى العرف و بين أهل السوق أنك لم تعطى لى شيئا حتى تأخذ شيئا آخر فى مقابله ·

وعلى الجملة فالتلف قبل القبض فى جميع ذلك على حين تلف التالف عنده كما ذهب اليه المشهور، بل ذكروا الضمان فى صداق النكاح وعوض الخلع و لكن وقع الكلام فيها فى أن الضمان فى بقية المعاملات المعاوضية هو انفساخ العقد و من الواضح أن النكاح و الخلع غير قابلين للانفساخ و لكن ذكر الفقهاء الضمان فى ذلك و الظاهر أنه وقع الخلط هنا بين الضمان فى التلف قبل القبض الذى هو كون التلف على المالك الأول وانفساخ العقد به أى بالتلف لأن معنى الضمان هو أن قيمة التالف أو مثله يثبت للمالك الأول و هذا بخلاف الضمان فى مثل الخلع و الصداق فان الضمان هنا ضمان يد أى كون التلف موجبا لثبوت الضمان على ذى اليد ، اما من جهة قاعدة الضمان باليد أو بدليل آخر، وعين ذلك ذكروا فى المقبوض بالسوم ، اذا تلف فى يد من يريد الشراء ففى امثال ذلك لا يمكن الحكم بالضمان بالدليل

الذى حكمنا بالضمان فى التلف قبل القبض فى المعاملات المعاوضية لما عرفت، بل لا بدّ من طلب دليل آخر و حيث انه ليس هنا دليل غير قاعدة اليد و قاعدة الضمان بالاتلاف فيشكل الحكم بالضمان لأن قاعدة اليد لا تشمل المقام، فان الظاهر منها أن يكون هنا أخذ من الغير و اعتداء عليه و ليس هنا كذلك، بل مقتضى القاعدة هو أن يكون تلف مال كل شخص على مالكه، ففى المقام أيضا كذلك و أما يد ذى اليد ليست الاّ يد أمانة و كذلك قاعدة الضمان بالاتلاف فانها أيضا لا تشمل المقام لأن من بيده المال لم يتلف المال كما هو واضح، بل تلف المال بأفة سماوية ٠

قوله : لو تلف بعض المبيع قبل قبضه ٠

أقول : لا شبهة أن البيع منحل الى البيوع المتعددة حسب تعدد المبيع و ان كان كل بيع يحسب جزء من مجموع المبيع و لكنه لا ينافى الانحلال فى الحقيقة و حسبان المجموع مبيعا واحدا من جهة المسامحة كما هو واضح و عليه فما ذكرناه من قيام السيرة على كون التسليم من مكملات البيع جار فى أجزاء المبيع أيضا فان العرف لا يرون البيع تماما ما دام لم يقع التسليم و التسالم فيه و هذا لا شبهة فيه ٠

نعم ، يمكن المناقشة فيه بناء على ما ذكره المصنف من كون مدرك الحكم هو الاجماع أو الرواية أما الاجماع فان تحصيل قول الامام عليه السلام فى أصل المسألة كان مشكلا فضلا فى المقام، و أما الرواية فلأن الظاهر منها تمام المبيع لا الجزء ، ثم انه بعد انفساخ العقد فى الجزء يكون للمشترى خيار تبعض الصفقة، بل يمكن القول بثبوت الخيار للبايع أيضا (و لكنه يمكن دفعه بأنه بناء على الانحلال يكون الابعاض أيضا مبيعا المقرر) هذا كله فى الاجزاء التى تلاحظ بعنوان المبيعية بحيث يكون ذلك مبيعا مستقلا بعد الانحلال و أما الاجزاء التى هى أجزاء لذات المبيع لا للمبيع بعنوان المبيعة بمعنى

أن الملحوظ فی المقام كون ذات الشیء مبيعا مع قطع النظر عن اجزائه بحيث لا يسقط الثمن الى الأجزاء و الاّ فلا معنى لكون الجزء جزء للمبيع ومع ذلك لا تقسط اليه الثمن و النكة فی عدم التقسيط هذا كما لا يخفى و لا شبهة فی عدم الانحلال هنا و عليه فلا نحكم بالانفساخ فی صورة ورود العيب به قبل القبض و ملحق بذلك فوت كل وصف يكون وصف الصحة للمبيع دون الاوصاف الكمالية و لكن هل يثبت الرد و الأرش للمشترى فيكون مخيرا بينهما أو الرد فقط دون الأرش ، أو العكس ، أو لا يثبت شیء منها ، فالمقام كما ذكره المصنف من صغريات العيب الحادث بعد البيع و قبل القبض فان قلنا بأنه مثل العيب الحادث قبل البيع فيثبت الأرش و الرد و الاّ فلابدّ من طلب دليل آخر عليهما و لكن حيث لا دليل على كونه مثله فلابدّ من مطالبة دليل آخر .

فنقول أما الأرش فهو على خلاف القاعدة فان التعيب انما كان فی ملك نفسه فلا معنى لكون الغرامة على شخص آخر والدليل الدال على ثبوته فی مورده لا يدل على ثبوته فی المقام فانه دل على أن كل مبيع فيه عيب أو عوار فعهدته على البايع و من الواضح أن المبيع ليس فيه عيب أو عوار ، و انما العيب فی مملوك المشترى .

و أما الرد فقد يقال بأن الانفساخ قد ثبت فی الكل فيكون ثابتا فی فقدان الأوصاف الصحة أيضا ،و لكن على نحو يناسب لها و فيه أنه قياس محض فلا نقول به (على أن أصل القياس هنا ليس بتمام فان القياس يقتضی الانفساخ فلا يمكن الانفساخ فی أوصاف الصحة المقرر) و قد استدل المصنف على ثبوت الرد بقاعدة نفی الضرر و لكنه فاسد فانه كما يكون عدم ثبوت الرد ضررا على المشترى فيكون ثبوت الرد أيضا ضررا على البايع فقاعدة لا ضرر خارجة عن أمثال المقام و دعوى انجبار ضرر المشترى بالخيار دون البايع

دعوى فاسدة كما تقدم ذلك .

و قد استدل بعين هذا العلامة على ثبوت الأرش أيضا و قد ظهر جوابه على أن مقتضى التمسك بدليل نفى الضرر هو أن يؤخذ الأرش من شخص آخر أيضا ، فلا معنى لاختصاص الأخذ من البايع فانه لا فرق بينه و بين شخص آخر، الاّ مجرّد أن البايع باع هذا المبيع والاّ فهو بالفعل أجنبى عنه كبقية الاشخاص و أيضا مقتضى التمسك بدليل نفى الضرر فى إثبات الارش أو الرد هو ثبوت ذلك بعد القبض أيضا ، فان كون المبيع معيوبا ضرر على المشترى و لو كان التعيب بعد القبض مع أنه لم يقل به أحد .

نعم هنا دليل ثالث يمكن اثبات جواز الرد به دون الأرش لأن ثبوت الأرش فى مورده على خلاف القاعدة فيقتصر فيه بمورده فلا يتعدى الى غيره و ليس هنا دليل آخر تثبت الأرش به كما تقدم .

و توضيح ذلك الدليل الثالث الدال على ثبوت الرد هو أن بناء العقلاء انما على كون تسليم كل من الثمن و المثمن على نحو صحيح و غير معيوب ولا شبهة أن هذا معتبر فى ضمن العقد بحسب بناء العقلاء فاذا تعيب ذلك و لو كان بعد البيع فلا يكون التسليم تسليما صحيحا فيثبت للمشترى فى المقام خيار تعذر التسليم فله أن يفسخ العقد و له أن يرضى به بلا ثبوت أرش له كما هو واضح .

ثم ان هذا كله فيما اذا تعيب المبيع قبل القبض بآفة سماوية أو ما هو بحكمها كأفتراس الاسد ذلك و نحوه .

وأما لو كان التعيب بواسطة اتلاف المتلف فان كان هو المشترى فلا يثبت له الأرش و لا الرد لأنه أورد العيب فى ماله فلا يكون له شىء فى ذلك و ان كان هو البايع أو شخص آخر، فذكر المصنف أنه يثبت للمشترى على البايع أرش الجناية دون الخيار، ثم احتمل ثبوت الخيار أيضا . أما ثبوت

الأرش فلا شبهة في ذلك لأن الجاني ضامن لما أحدثه من العيب في مال الغير لبناء العقلاء على ذلك. وأما الخيار فهو من جهة أن بناء العقلاء في المعاملات على التسليم الصحيح والمفروض أنه متعذر هنا لتعيب المبيع فيثبت له خيار تعذر التسليم.

وعلى الجملة الظاهر أنه لا شبهة في ثبوت الأرش والخيار على نحو التخيير في هذه الصورة ثم مع كون المتلف هو غير البايع فللمشتري أن يرجع في أرش الجناية الى البايع أو الى شخص الجاني واذا رجع الى البايع فهو يرجع الى الجاني. أما رجوعه أي المشتري الى البايع من جهة أنه الموظف بالتسليم وأما الى الجاني لأنه أورد النقص في ماله.

والحمد لله رب العالمين، قد وقع الفراغ من المكاسب صبيحة يوم الاثنين ٦/ع١/ سنة ١٣٧٧هـ.



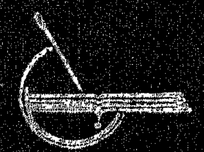












مؤسسة انصاريان للطباعة والنشر
قم / شارع الشهداء / فرع ٢٢ ص ب ١٨٧
هاتف ٧٤١٧٤٤ ايران / قم
جمهورية ايران الاسلامية

قيمت دوره ٧ جلدى
٥٥٠٠ تومان